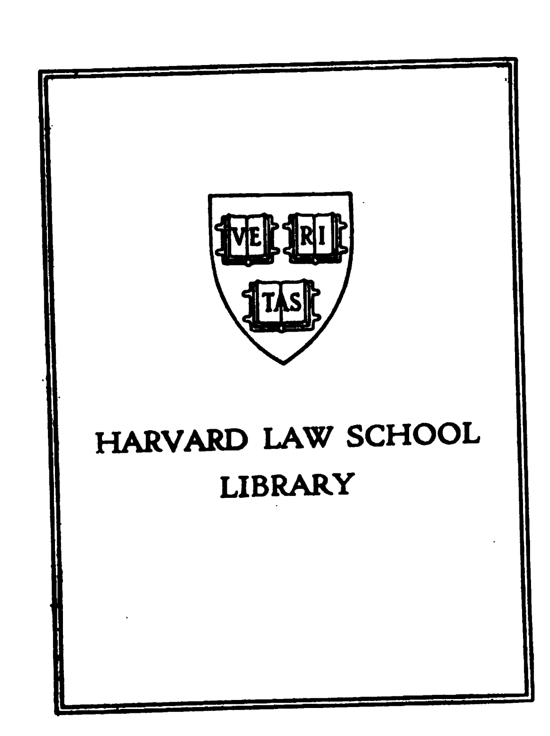

3 2044 103 175 782


VE RI
TAS
HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY



France

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES BIENS ADVENTICES DU FILS DE FAMILLE

DROIT FRANÇAIS

DE LA PUISSANCE PATERNELLE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 11 juin 1892, à 2 heures 1/2

PAR

Dragoutine PROTITCH

Président : M. Lainé, *professeur.*

Suffragants : MM. Labbé, Jalabert, *professeurs.* M. Chavegrin, *agrégé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS
A. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, Rue Soufflot, 16

1892

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

d'un esclave : il servait d'instrument d'acquisition et de travail à son père.

La création successive de différents pécules a eu pour effet de rendre assez supportable la condition de l'enfant soumis à la puissance paternelle. Il n'était pas, il est vrai, aussi capable qu'un *paterfamilias*, mais les effets les plus injustes de l'ancienne conception de la *patria potestas* avaient disparu.

La première atteinte qui fut portée à l'ancienne règle, d'après laquelle le fils de famille acquérait toujours pour son père, résulta de la création du pécule *castrense*. Plus tard et par imitation de ce pécule, on fonda une autre espèce de biens, le *peculium quasi-castrense*, dont la condition juridique était presque identique au pécule *castrense* et qui ne s'en distinguait que par l'origine des biens qui y rentraient

Mais ces dérogations à cette règle que toutes les acquisitions du fils sont attribuées au père, ont été établies pour des raisons spéciales et ne procédaient nullement d'une idée de justice et de réaction contre un état de chose absolument contraire à la nature, qui n'était qu'un reste d'un état social depuis longtemps disparu.

La fondation du *peculium adventitium* est due uniquement à des raisons d'équité. Créé par Constantin il ne comprenait au commencement qu'un petit nombre d'acquisitions du fils et constituait, pour ainsi dire, une espèce de biens tout à fait particulière. Successivement élargi et complété par ses successeurs, il a fini par devenir la règle dans le droit de Justinien, qui lui a donné sa forme définitive. Désormais les acquisitions du fils lui appartien-

nent en propre et ce n'est qu'exceptionnellement qu'il acquiert pour son père.

Nous nous proposons dans ce travail d'étudier d'abord la formation du pécule adventice, et ensuite la condition juridique des biens qui le composaient.

CHAPITRE PREMIER

FONDATION ET DÉVELOPPEMENT DES *bona adventitia.*

Les expressions dont on se sert ordinairement pour désigner la partie du patrimoine du fils qui lui appartenait en propre, la jouissance et l'administration étant réservées au père (nous verrons que c'est le caractère distinctif des *adventitia*), ont toutes été forgées par des commentateurs. Le mot *adventitium* a été employé par imitation de la *dos adventitia*, mais son emploi est également justifié par un texte qui oppose aux acquisitions du fils de famille résultant du fait du père, les biens acquis *ex adventitio* (1). Dans les textes nous ne retrouvons ni le terme *bona adventitia* ni celui de *peculium adventitium*. Les empereurs auxquels est due la création de ces biens, lorsqu'ils en parlent, ont toujours recours à des périphrases. Justinien lui-même, que l'on peut considérer à bon droit comme le véritable fondateur des *adventitia*, n'a pas de terme spécial pour les désigner, quoiqu'il leur ait consacré de nombreux textes (2). Cette absence d'un mot

1. *Quia id ex adventitio adquisitum est, non per patrem ad eum perventi.* L. 28, D. XLII, 5.

2. On admet généralement aujourd'hui que l'expression *peculium paganum*, employée dans une constitution de cet empereur, se rapporte au pécule profectice. Accarias, I, 730, note 4. Marezoll, VIII, p. 68, Puchta, p. 624, note c.

technique dans le droit de Justinien est assez singulière, étant donné qu'à cette époque les *adventitia* comprenaient la plupart des acquisitions du fils et constituaient pour ainsi dire la règle.

Nous emploierons indistinctement dans ce travail les mots *peculium adventitium* ou *bona adventitia*, car tous les deux sont également admis et consacrés par une pratique plusieurs fois séculaire.

Dans l'opinion aujourd'hui presque universellement reçue, on admet que c'est sous l'empereur Constantin qu'on trouve pour la première fois des biens appartenant au fils de famille dont la jouissance et l'administration sont attribuées au père, c'est-à-dire des biens présentant le caractère des *adventitia* (1).

Avant cet empereur un fils de famille, à l'exception de ses pécules *castrense* et *quasi-castrense*, ne pouvait avoir d'autre patrimoine. Dans sa constitution (L. 1, *de bonis maternis*, C. VI, 61), l'empereur Constantin décide que désormais les biens provenant de la succession maternelle (*res, quæ ex matris successione fuerint ad filios devolutæ*) n'appartiendront pas au père en pleine propriété, et qu'il n'en aura que l'usufruit. Par cette constitution l'empereur Constantin a créé le premier cas des *adventitia*.

Pourtant on a soutenu que même avant Constantin les biens adventices n'étaient pas inconnus dans le droit romain et on a essayé de le prouver par quelques textes du Digeste.

1. Accarias, I, p. 731; Ortolan, II, p. 409. Marezoll, t. VIII, p. 73; Baron, *Pand.*, p. 592; Baron, *Ints.*, p. 83.

Nous croyons que cette opinion est inadmissible.

D'abord la meilleure preuve que c'est l'empereur Constantin qui a créé le premier un *adventitium* résulte de sa constitution elle-même.

Il s'y explique d'une manière très détaillée sur la nature des *adventitia* et tâche de bien préciser les droits respectifs du père et du fils ; on voit bien qu'il innove et qu'il invente une espèce de biens, qui jusqu'à lui n'existait point. Dans sa constitution nous ne trouvons aucun renvoi, aucune allusion qui nous permettrait de croire que dans le droit du Digeste le pécule adventice existait déjà. De plus, dans les constitutions postérieures à cet empereur lorsqu'on voulait décider qu'une acquisition du fils ferait désormais partie du pécule adventice on renvoyait presque régulièrement au texte de Constantin soit directement, soit indirectement, en disant que le bien acquis serait traité comme un bien maternel (*ad exemplum maternarum rerum, sicut materna bona*).

Quant aux textes du Digeste dans lesquels on a prétendu qu'il était question des *adventitia*, il n'est pas difficile de leur donner une autre explication.

D'abord il est à noter que dans tous ces textes il s'agit de biens qui appartiennent au fils de famille en pleine propriété ; ce seraient donc des *adventitia irregularia*, et comme elles constituaient une dérogation au principe, il nous paraît bien difficile d'admettre que les exceptions aient pu exister avant la règle.

Le premier texte que les partisans (1) de cette opinion

1. Puchta, p. 290, *Contra* Marezoll, t. VII, p. 81, Baron. *Pand.*, p. 595.

citent à l'appui de leur affirmation est un texte de Papinien (1). Il s'agit d'un père de famille fiduciaire qui était chargé de restituer à son fils une hérédité à l'époque où celui-ci sortirait de la puissance paternelle. Mais si le père administrait frauduleusement cette hérédité, l'empereur Hadrien avait décidé que la restitution devait avoir lieu immédiatement, et que le père serait privé, pendant la vie de l'enfant, de tout droit sur ces biens.

On a voulu voir dans cette hérédité restituée avant l'accomplissement de la condition un *adventitium extraordinarium*. Cette interprétation est tout à fait inexacte. Papinien dit, qu'à l'égard de cette hérédité, le fils de famille devait être traité comme un fils de famille militaire, *in ea hereditate filio militi comparare debuit*, c'est-à-dire que ses droits seraient les mêmes que ceux qu'à un fils *miles* sur son pécule *castrense*. Rien que cette assimilation nous autorise à nier absolument qu'il s'agisse ici d'un *adventitium*, car jamais, même en ce qui concerne les adventices irréguliers, un fils de famille n'avait les droits d'un fils militaire, qui était assimilé à un *pater familias*.

Un autre texte (L. 52, pr. D. XXIX, 2) qu'on cite à l'appui de cette opinion est encore moins probant (2). Il s'agit dans ce texte d'un fils de famille institué héritier dont le père était fou et ne pouvait lui donner l'ordre d'accepter l'hérédité. L'empereur Antonin le Pieux a décidé

1. L. 52, D. XXXVI, 1, édit. Mommsen, dans les autres, L. 50.

2. Puchta, p. 629, *Contra* Vangerow, t. I, p. 443. Marezoll t. VIII, p. 85. Schirmer dans Puchta, p. 629, note n.

que dans ce cas le fils pourrait faire l'adition de sa propre initiative et que l'hérédité serait acquise au père comme s'il l'avait lui-même acceptée, *divus Pius rescripsit, ut si filius familias adierit, perinde habeatur atque si pater familias adisset.* Ce n'est donc pas le fils de famille qui sera traité à l'egard de cette hérédité comme un père de famille, le mot *pater familias* se réfère au père fou, dont il est question au commencement de la phrase. Cette circonstance que la loi autorise le fils à affranchir les esclaves de l'hérédité n'a rien qui soit contraire à notre interprétation. Comme la loi lui permet de faire l'adition pour son père, elle devait également l'autoriser à accomplir les actes qui se rattachent d'une manière étroite à cette adition.

Comme on vient de le voir, il est impossible d'admettre que la créatiou des *adventitia* soit antérieure à Constantin ; on peut donc considérer cet empereur à bon droit comme le véritable créateur de cette espèce de biens.

D'après sa constitution le pécule adventice ne devait comprendre que les *bona materna*, c'est-à-dire les biens que l'enfant héritait de sa mère. Constantin a donc laissé subsister le principe de l'ancien droit en vertu duquel l'enfant acquiert toujours pour son père ; il n'a fait qu'ajouter une nouvelle exception à celles qui existaient déjà. Les biens maternels n'iront pas à l'avenir agrandir le patrimoine du père et revenir à sa mort peut-être à un autre qu'à l'enfant grâce auquel il les a acquis.

La première extension donnée au pécule adventice du fils résulta d'une constitution des empereurs Honorius et

Arcadius (L 2. C. VI. 60), qui décidèrent que tout ce que les ascendants maternels auraient légué ou donné à l'enfant à un titre gratuit quelconque, de même que les biens recueillis par l'enfant dans leur succession *ab intestat*, rentreraient dans son pécule adventice comme les biens maternels eux-mêmes.

Après les *bona maternis generis* on y classa les *res nuptiales*. Aux termes d'une constitution de Théodose et Valentinien (1. C. VI. 61), tout ce que la femme avait donné ou légué à son mari non émancipé et *vice versa* n'était plus acquis au père de famille, mais appartenait en propre au conjoint donataire et légataire.

Nous avons décrit la formation du pécule adventice jusqu'à Justinien et nous avons vu que son cadre s'est successivement élargi. A l'origine il ne comprenait que les *bona materna*, puis on y a ajouté successivement les *bona generis maternis* et les *res nuptiales*. Mais malgré ces agrandissements il était toujours quelque chose d'exceptionnel. L'empereur Justinien, complétant l'œuvre de ses prédécesseurs, a pour ainsi dire supprimé l'ancienne règle qui déclarait le fils de famille incapable d'avoir un patrimoine propre.

Dorénavant le fils de famille acquiert pour lui-même et ce n'est qu'exceptionnellement que ses acquisitions sont attribuées au père.

Comme Justinien le dit lui-même (1) il était injuste et inhumain que les acquisitions du fils pussent aller grossir

1. L. 6. § 1. C. VI, 61. Ins., l. II, t. IX.

la fortune de son père et revenir à sa mort à un frère ou une sœur ou même à un étranger. Pour éviter cet effet fâcheux de la *patria potestas* Justinien place en principe, dans le pécule adventice du fils, tous les biens qu'il acquiert; aussi l'enfant n'aura pas la douleur, comme il le dit, de perdre à tout jamais les fruits de ses labeurs ou ce qu'il doit à sa bonne fortune. Les droits du père sont également ménagés, parce qu'il a sur le pécule adventice un droit de jouissance et d'administration.

Il est donc impossible dans le droit de Justinien de donner par voie d'énumération la composition du pécule adventice. Il comprenait en principe tous les biens acquis par le fils de famille et ce n'est qu'exceptionnellement qu'on les faisait rentrer dans les autres catégories. Nous devons donc procéder par voie d'élimination et désigner les biens qui tombaient dans les autres pécules.

Du reste, Justinien lui-même, par la force des choses, procédait ainsi. Il dit dans sa Constitution (L. 6, § 1, C. VI, 61) que tout ce qu'un fils de famille acquiert, à l'exception des choses qui proviennent de celui sous la puissance de qui il se trouve (*non ex ejus substantia cujus in potestate sit*) n'appartiendra plus au père en pleine propriété comme c'était le cas jusqu'alors ; il n'en aura désormais que l'usufruit, et la propriété en restera au fils, comme cela se passait déjà pour les biens maternels et les *res nuptiales* (*ad exemplum tam maternarum quam ex nuptialibus causis filiis familias adquisitarum rerum*). On doit excepter également des biens adventices, dit Justinien, les pécules *castrense* et *quasi-castrense* qui ne sont pas soumis à l'usufruit du *paterfamilias*.

Pour que dans le droit de Justinien une chose soit un *adventitium* deux conditions sont nécessaires : 1° il faut que cette chose ne provienne pas du patrimoine du père (*ex patris re, substantia*), mais que le fils l'acquière du dehors (*extrinsecus*) ; 2° il est nécessaire qu'elle ne présente pas le caractère d'un bien *castrense* ou *quasi castrense*.

Donc pour se faire une idée du pécule adventice, donnons très sommairement l'énumération des biens qui n'y rentrent pas.

Ce sont :

1° *Pécule profectice*, c'est-à-dire la partie de son patrimoine qu'un père confie à l'administration de son fils. Il n'est pas compris dans les *adventitia* parce qu'il provient *ex patris substantia*. Il y a également lieu d'exclure du pécule adventice les choses qui, sans constituer un vrai pécule profectice, n'en proviennent pas moins *ex patris substantia*, par exemple, dans le cas où le fils reçoit un paiement pour son père ou perçoit les fruits de ses biens, en un mot toutes les choses appartenant au père que l'enfant détient accidentellement ou même à l'insu et contre la volonté du père (1).

2° *Pécule castrense* qui comprend d'abord ce que le fils de famille acquiert directement en sa qualité de militaire, comme sa solde ou le butin fait à la guerre, ensuite, les objets d'équipement qui lui ont été donnés par son père ou par une personne étrangère à l'occasion de son entrée dans l'armée. On y faisait également figurer les donations et legs faits au fils de famille militaire par un cama-

1. Marezoll, t. VIII, 246.

rade d'armes et, d'après un rescrit de l'empereur Hadrien, l'hérédité testamentaire qu'une femme laissait à son mari militaire.

3° *Pécule quasi-castrense.* — Ce pécule créé par imitation du précédent embrassait ce que le fils de famille gagnait en sa qualité de fonctionnaire de l'État ou de la cour. Les avocats étaient assimilés à ce point de vue aux fonctionnaires. Les dons faits par l'empereur ou l'impératrice à un enfant soumis à la puissance paternelle (fils ou fille peu importe) constituaient également des *bona quasi-castrensia.* Enfin le fils de famille prêtre était particulièrement favorisé, son pécule *castrense* comprenait tout ce qu'il acquérait à n'importe quel titre.

Nous arrivons ainsi à déterminer par voie d'élimination le contenu du pécule adventice du fils : en conséquence tout ce qui ne rentrait dans aucune des catégories que nous venons de déterminer était un *adventitium.* Il était absolument indifférent que l'acquisition provînt d'une libéralité ou d'un travail de l'enfant, de même que la nature de la chose acquise n'était jamais prise en considération.

Avant d'examiner le caractère juridique et les droits respectifs du père et de l'enfant sur le pécule adventice, nous avons à passer en revue quelques cas controversés et à examiner s'il y a lieu d'admettre les biens dont il s'agit dans les *adventitia*, ou si, au contraire, il faut leur attribuer un autre caractère.

D'abord la question se pose à propos des choses qui se consomment par le premier usage (*res, quæ usu consumuntur*) et qui par conséquent ne sont pas susceptibles d'un

véritable usufruit. Lorsque le fils de famille acquérait de ces choses *extrinsecus*, tombaient-elles dans son pécule adventice ?

On l'a contesté. Les textes, dit-on, qui parlent des *adventitia* s'expriment pour désigner leur condition à peu près uniformément : ce sont les choses qui appartiennent en propriété au fils et dont le père n'a que l'usufruit. Justinien défend au père en termes exprès de les aliéner, si ce n'est dans des cas très rares et strictement déterminés par la loi. Or, pour jouir des choses qui se consomment par l'usage, il est de toute nécessité qu'on permette au père d'en disposer soit en les aliénant soit en les consommant personnellement. Si l'on accorde au père le quasi-usufruit de ces choses on rend le droit de l'enfant illusoire dans bien des cas ; le père étant dispensé de fournir la *cautio usufructaria*, l'enfant est exposé à se trouver, à l'extinction de la puissance paternelle, en face d'un père insolvable et ainsi à perdre le droit que la loi lui confère.

Il est vrai que les constitutions, soit de Justinien, soit de ses prédécesseurs, n'ont pas prévu ce cas, mais il n'en résulte nullement qu'il faille refuser aux choses *quæ usu consumuntur* le caractère des *adventitia*, et décider que le père sera dépourvu de toute espèce de droit sur elle. Les textes qui s'occupent des *adventitia* sont conçus dans les termes les plus généraux et ne supposent point que, seules, les choses susceptibles d'un véritable usufruit puissent figurer dans le pécule adventice. Au contraire, il est souvent question des universalités, on y parle des hérédités qui devaient certainement comprendre

des choses de cette nature ; de plus, en un endroit, l'argent est mentionné comme un *adventitium*, — *ut pretium earum vel in res et causas hereditarias procedat, vel filio servetur*, (L. 8, § 5. C. VI, 61).

Nous pensons donc que même les choses se consommant par le premier usage rentrent dans le pécule adventice; pour les en exclure il faudrait un texte précis et nous ne l'avons pas (1).

Quant aux biens qui, sans provenir du patrimoine du père (*ex patris substantia*), ont été donnés ou légués à l'enfant en considération et à cause de son père (*ratione*, *contemplatione patris*), on a soutenu avec l'appui de plusieurs textes du Digeste qu'ils faisaient partie du pécule profectice de l'enfant et ne formaient point des *adventitia*.

Mais ceci ne prouve absolument rien pour le droit de Justinien. Dans le droit classique, on pouvait décider ainsi, et même le contraire n'était pas possible, le fils de famille étant incapable d'avoir des biens propres : que donc une chose lui ait été donnée directement ou en considération du père, le résultat était le même, elle tombait dans le patrimoine du père.

Dans le droit de Justinien on n'attribuait plus au père que les acquisitions du fils dérivant *ex substantia patris ;* les choses qu'un étranger donnait au fils pour être agréable à son père ne provenaient certainement pas du patrimoine du père ; elles venaient *extrinsecus* et rentraient comme telle dans les *adventitia* de l'enfant.

1. Marezoll, t. VIII, 261.

On cite, il est vrai, un paragraphe des Institutes où l'on dit que ce « *quod ex patris occasione profectum est* » devait rester au père, mais il est de toute évidence que les mots « *occasione patris* » ne signifient pas autre chose que l'expression « *ex re patris,* » dont Justinien se sert deux lignes plus haut. Du reste, Justinien dit lui-même que dans ce paragraphe il ne fait que résumer sa constitution (L. 6. C. VI. 61) *sancitum enim a nobis est,* or, d'après cette constitution, toute chose venant du dehors (*extrinsecus*) était un *adventitium* (1).

En ce qui concerne les biens qu'on peut considérer comme un produit des travaux personnels du fils, une distinction est à faire.

D'abord Justinien dit lui-même dans le Code et les Institutes que les fruits des labeurs personnels du fils lui appartiennent en propre (L. 6.C. VI, 61 . § 1. Inst. l. II, t. 9) *quod ei suis laboribus accessit, quæ ex laboribus suis ad eum perveniant, quæ ex suis laboribus sibi possessa sunt.* Mais il est non moins vrai que si l'acquisition provient *ex patris substantia,* elle ne pouvait constituer un *adventitium.* Il faut donc mettre d'accord les deux règles.

Si les travaux du fils s'appliquaient à son pécule profectice, il n'est pas douteux que le père en profitât ; car nous avons ici une acquisition réalisée à l'aide des biens appartenant au père (*ex patris substantia*). Le père avait même le droit, en vertu de sa *potestas,* de faire travailler

1. Mazeroll, t. VIII, 264. Vangerow, t. I, p. 437.

son fils dans l'intérieur de la maison ou même au dehors et de profiter de ses services.

Mais supposons le fils de famille faisant le commerce ou exerçant une industrie avec les fonds d'une personne étrangère et y réalisant des bénéfices, il est clair qu'on ne pouvait pas les attribuer au père. Ces bénéfices n'avaient point pour cause une *substantia* ou une *res patris* mais provenaient *ex laboribus filiifamilias* et rentraient dans son pécule adventice. Il faut décider pareillement que si le fils de famille vivait séparément de son père et gagnait un salaire comme employé ou ouvrier, il le gardait pour lui-même et qu'il n'était pas permis au père de se l'approprier (1).

1. Vangerow, t. I, p. 438, Marezoll, t. VIII, p. 271.

CHAPITRE II

CONDITION JURIDIQUE DU PÉCULE ADVENTICE.

Nous venons de déterminer la composition du pécule adventice du fils de famille, il nous reste maintenant à examiner sa condition juridique et à étudier les droits respectifs du père et de l'enfant sur les biens qu'il embrassait.

Pour comprendre la nature et l'étendue des droits du fils et du père, il est de toute nécessité de se bien pénétrer de l'idée qui a motivé la création des *adventitia* et qui a présidé à leur développement.

Nous en avons déjà dit quelques mots, mais comme sa connaissance précise est d'une importance capitale en notre matière, nous sommes forcé d'y revenir encore une fois.

Le but qu'ont poursuivi les empereurs qui se sont occupés des *adventitia* depuis Constantin jusqu'à Justinien était d'obvier à un effet injuste au plus haut degré de la *patria potestas*. Le fils de famille étant en principe incapable d'avoir un patrimoine propre (les pécules *castrense* et *quasi-castrense* exceptés) tous les biens qui lui advenaient

étaient dévolus au père. On ne faisait aucune distinction quant au titre en vertu duquel il acquérait. Que le fils de famille héritât d'un parent ou, qu'en faisant le commerce avec les fonds mis à sa disposition par un tiers, il réalisât des bénéfices ou même, qu'en travaillant en dehors de la maison paternelle il gagnât un salaire, le sort des biens qui en provenait était le même. Ils tombaient tous dans le patrimoine paternel dont ils formaient la partie intégrante, ne différant en aucune façon des acquisitions que le père aurait faites personnellement. Aussi ses droits sur eux étaient ceux d'un propriétaire jouissant de la plénitude de son droit. Il pouvait les vendre, les consommer personnellement ou les donner, en un mot il avait le droit d'en disposer à titre gratuit (par donations entre-vifs ou par testament) ou à titre onéreux, et son droit de disposition, le plus absolu qu'il était possible, ne subissait aucune restriction. A la mort du père, un enfant du chef duquel un bien était entré dans le patrimoine du père n'avait aucun droit spécial et exclusif sur ce bien, il était partagé entre lui et les autres héritiers comme tout le reste de la succession.

La condition de l'enfant était des plus pénibles. Il pouvait voir les choses qu'il avait acquises grâce à son travail personnel revenir à un de ses frères ou sœurs et même à un étranger. Une réaction contre cet état de choses se produisit dans le Bas-Empire et l'incapacité du fils de famille finit enfin à l'époque de Justinien par être complètement supprimée. Cet effet fut obtenu par la création du pécule adventice.

On a trouvé injuste que les biens figurant dans le pa-

trimoine du père du chef de l'enfant ne lui fussent pas réservés à l'extinction de la *patria potestas* et toute la réforme a porté sur ce point. Il faut que l'enfant retrouve au moment où il deviendra *sui juris* ses propres biens intacts et conservés (L. 6, § 1, C. VI, 61. — § 1, Inst., l. II, t. IX).

Pour arriver à ce résultat il n'était point nécessaire d'enlever au père toute espèce de droit sur les biens de l'enfant. Ce ne sont pas les droits de jouissance et d'administration qui faisaient courir à l'enfant le risque de perdre irrémédiablement ses acquisitions, c'est le droit abusif du père de pouvoir en disposer à titre onéreux et même gratuit.

Dorénavant le père n'aura plus ce droit, il sera forcé de conserver les biens de l'enfant et de les lui remettre lorsqu'il sortira de la puissance paternelle pour une cause quelconque. Mais les autres droits qu'il avait sur les acquisitions du fils n'ont point été touchés par la réforme de Justinien et de ses prédécesseurs ; le père continue donc à les exercer comme par le passé, dans la mesure où ils sont compatibles avec la défense qui lui a été faite d'aliéner les *adventitia*.

Le pécule adventice constitue une espèce particulière de biens, le fils en a la propriété, mais rien que la propriété, tandis que le père exerce en son propre nom tous les droits utiles dont une chose comprise dans le pécule adventice est susceptible, excepté celui d'en disposer à un titre quelconque, sauf dans les cas strictement déterminés par la loi.

Le droit du père et celui du fils sont indépendants l'un

de l'autre. Il est vrai que c'est le même fait juridique qui leur donne naissance, mais pour que ce fait puisse s'accomplir, l'accord de leur volonté est nécessaire. Nous tirerons de ce principe des conséquences importantes dans le dernier chapitre où nous traiterons des *bona adventitia irregularia.*

Maintenant, et en nous appuyant sur le principe que nous venons de développer, nous pouvons entrer dans l'étude détaillée des droits du père et de l'enfant.

Pour désigner la condition juridique du pécule adventice, on dit ordinairement que ce sont les biens appartenant à l'enfant, mais dont son père a la jouissance et l'administration. Cette manière de s'exprimer est autorisée par les textes, elle est exacte, mais seulement sous la condition de bien déterminer ce que c'est que cet usufruit, cette administration, et cette nue-propriété, car, comme nous allons le voir, il serait faux de croire qu'il ne s'agisse ici que d'un usufruit, d'une administration et d'une nue-propriété ordinaires.

Pour indiquer ces différences, passons en revue d'abord les droits du père, ensuite ceux du fils sur les *bona adventitia.*

I. — *Usufruit.* — Le père a le droit de jouir du pécule adventice de l'enfant placé sous sa puissance, il en a l'usufruit, comme disent les textes. C'est donc un droit réel et le père de famille est admis à exercer toutes les actions réelles qui appartiennent à un usufruitier ordinaire.

Mais le père de famille est dispensé de fournir la *cautio usufructaria* que la loi exige d'un usufruitier ordinaire,

et, en général, de toutes les obligations qui sont imposées à ce dernier (1).

La manière de jouir du père est également beaucoup plus large et libre que celle d'un usufruitier ordinaire. Il peut notamment faire subir aux choses composant le pécule adventice des changements substantiels. Ce droit résulte pour le père des pouvoirs presque illimités que la loi lui accorde en sa qualité d'administrateur (1).

L'étendue de son droit de jouissance est plus large que celle d'un usufruitier ordniaire par la force même des choses. Un usufruitier n'a le droit de jouir que des produits qui ont le caractère de fruits, et les accroissements de la chose soumise à son usufruit ne lui profitent qu'autant qu'ils se forment d'une manière insensible (par exemple par alluvion). Un père a, au contraire, la jouissance même des produits qui ne peuvent pas être considérés comme fruits, et il profite de tous les accroissements d'un bien compris dans le pécule adventice. Son droit sur ces produits et accroissements dérive du fait que, provenant d'un *adventitium*, ils rentrent eux-mêmes dans le pécule adventice et sont, comme tels, soumis à l'usufruit paternel (2).

Administration. — Le père a comme administrateur du pécule adventice du fils des pouvoirs très étendus. Ceci ne doit pas nous étonner, car nous avons dit qu'à l'égard des

1. L. 8, § 4, C. VI, 61, *paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus et ab aliis omnibus, quæ usufructarii extranei a legibus exiguntur.*

2. L. 6. § 2. C. VI, 6.

3. Marezoll. VII. p. 370.

adventitia le père doit être considéré comme un véritable propriétaire à qui la loi aurait seulement enlevé la faculté de disposer de la chose à quelque titre que ce soit.

Il administre le pécule adventice en son propre nom et non pas au nom du fils, *filii nomine*, parce qu'il a sur ces biens un droit propre, indépendant de celui de son fils. Il n'a donc jamais besoin d'obtenir le consentement du fils, soit pour entreprendre un acte quelconque d'administration, soit pour intenter un procès relativement aux biens adventices.

Justinien dit en termes exprès que le père ou une autre personne investie de la puissance paternelle a le pouvoir le plus illimité de jouir et d'administrer les *bona adventitia*, — *sed habeat pater vel aliæ personæ, quæ superius enumeratæ sunt, plenissimam potestatem uti frui gubura reque res prædicto modo adquisitis* (L. 6, § 2, C. VI, 61). Les enfants à qui appartiennent ces biens n'ont jamais le droit de s'immiscer dans l'administration du père et de l'empêcher d'administrer comme bon lui semble. Si malgré cette défense, ils s'avisent d'intervenir dans les actes du père, la loi autorise ce dernier à les contraindre à l'obéissance en exerçant contre eux l'autorité dont il est armé en vertu de la *patria potestas*, — *et nullo modo audeat filius familias, vel deinceps personæ vetare eum, cujus in potestate sunt, easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare, vel si hoc fecerint patria potestas in eos exercenda est.*

Nous ne pouvons pas énumérer les actes auxquels il est permis au père de procéder : ces pouvoirs sur les *adventitia* sont ceux d'un propriétaire, limités seulement par l'obligation où il se trouve de conserver la chose.

Voyons plutôt quelles sont les restrictions auxquelles il est soumis dans son administration.

Le père doit d'abord, lorsqu'il s'agit d'un procès relatif à une hérédité qui, d'après la loi, doit tomber dans le pécule adventice, s'assurer du consentement de son enfant, si celui-ci est sorti de l'*infantia* et s'il n'est pas au loin (L. 8, § 3, C. VI, 61) (1).

Cette obligation est une conséquence du principe que nous n'avons fait qu'indiquer plus haut, en nous réservant de le développer plus tard. L'acquisition d'un *adventitium* est en quelque sorte double; par le même acte le père acquiert l'usufruit et la jouissance, et le fils, la nue-propriété. Pour que donc une chose puisse entrer dans le pécule adventice, le consentement des deux parties, celui du père et celui du fils, est nécessaire, car on ne peut jamais acquérir malgré soi. Nous verrons plus tard ce qui arrive lorsque le père et le fils ne peuvent pas se mettre d'accord et quel est le sort des biens que ce désaccord empêche d'entrer dans le pécule adventice ; pour le moment bornons-nous à l'hypothèque dont s'occupe le texte que nous avons cité.

Il s'agit là d'un procès survenu à l'occasion d'une hérédité qui, par acceptation simultanée du père et du fils, doit former un *adventitium*. Pour que le père puisse intenter ce procès ou y défendre, il faut qu'il obtienne le consentement de son fils sorti de l'*infantia* et qui n'est pas éloigné, de même que pour accepter une hérédité dans

1. Baron, *Pand.* 597; Marezoll, t. VIII, 382; Vangerow, I, p. 440-441.

des conditions pareilles l'assentiment du fils est nécessaire. La loi considère ici ce procès comme un prolongement, comme une suite de l'acceptation, et exige l'accord de deux volontés pour l'intenter ou pour y défendre.

Aliénation. — Nous avons vu que les droits du père de famille sont très étendus et qu'ils diffèrent considérablement de ceux d'un administrateur et d'un usufruitier ordinaire. Mais en ce qui concerne l'aliénation des objets compris dans le pécule adventice, sa condition n'a rien d'exceptionnel. Il lui est sévèrement défendu de les aliéner excepté dans les cas où la loi l'y autorise spécialement. Les *adventitia* sont la propriété de l'enfant et doivent lui être conservés et être rendus à l'époque où il sortira de la puissance paternelle.

Dans le cas prévu par la loi où l'aliénation est permise, elle doit être faite au nom du fils, — *nomine filii vendere, similiter filii nomine vendere, res filiorum familias vendere fili nomine* (L. 8, § 4 et 5. C. VI, 61). Le père, il est vrai, administre le pécule adventice *suo nomine*, mais cela n'a rien d'étonnant parce qu'il exerce un droit propre ; ici, au contraire, le fils de la famille étant considéré comme le véritable propriétaire, le père n'agit que comme représentant de l'enfant et exerce un droit qui ne lui appartient pas.

Pourtant la loi n'oblige point le père de demander le consentement de l'enfant pour procéder à la vente des *adventitia.* Nous ne trouvons dans la constitution de Justinien aucune mention de ce consentement et nous sommes fondé de conclure qu'il n'était pas exigé en pareil cas. Du reste nous verrons, que toutes les fois que la

vente est autorisée, elle s'impose en quelque sorte par la force des choses, et on comprend que dans ces circonstances, le législateur n'ait pas cru devoir soumettre le père à l'obligation de s'assurer le consentement de l'enfant.

Il n'est permis au père d'aliéner les *adventitia* que dans les trois cas strictement déterminés par la loi ; faite en dehors de ces cas la vente est nulle et l'enfant pourra revendiquer la chose à l'extinction de la puissance paternelle, — *non item licentia parentibus dada extra memoratas causas res, quarum dominium apud eorum posteritatem est, alienare, vel pignori vel hypothecæ titulo dare* (L. 8, § 5, C. VI, 61)

Passons en revue les trois cas où la vente est permise. Ce sont :

1° Lorsque l'*adventitium* consiste en une hérédité recueillie par l'enfant, le père peut vendre les choses dont elle se compose pour éteindre les dettes dont elle est chargée. Car, comme le dit Justinien, cette hérédité n'entre dans le patrimoine de l'enfant et ne constitue un *adventitium* que pour la partie qui reste, une fois les dettes de l'hérédité payées.

Mais le père n'est pas absolument libre de choisir les choses qui doivent être aliénées, la constitution détermine l'ordre dans lequel les aliénations doivent être faites. En premier lieu elle désigne les choses mobilières et ce n'est que dans le cas où la somme provenant de leur vente n'est pas suffisante pour éteindre toutes les dettes, qu'il est permis de toucher aux immeubles.

Justinien oblige même le père de liquider les dettes de l'hérédité dans le plus bref délai, afin que l'enfant n'ait

pas à supporter la charge des intérêts et, s'il ne se conforme pas à cette prescription, il doit payer les intérêts lui-même.

2° Dans le second cas, il s'agit d'une hérédité recueillie par le fils et qui est grevée de legs ou de fidéicommis. Le père, pour les acquitter est autorisé à vendre, mais seulement alors que les revenus des biens héréditaires ne suffisent pas pour les payer. L'ordre dans lequel les biens doivent être vendus est le même que dans le premier cas; Justinien ajoute seulement que les choses improductives sont vendues les premières.

3° Enfin, les meubles ou immeubles qui sont à charge de l'hérédité où dont l'entretien est coûteux, — *res mobiles* ou *immobiles, quas onerosas hereditati sunt vel quocumque modo damnosæ,* — peuvent être aliénées par le père et leur prix que constitue un *adventitium* doit être conservé au fils.

Dans les cas où l'aliénation est permise le père est également autorisé à emprunter sur hypothèque s'il ne trouve pas d'acheteur.

Responsabilité. — La question de la responsabilité du père est controversée. On dit ordinairement en s'appuyant sur les constitutions de Constantin et de Justinien (LI, § 1, c. VI, 60; L. 6, § 2, C. VI, 61; L. 8, § 4. C. VI, 61); que le père de famille doit apporter à son administration toute son attention (*omnem diligentiam*), mais qu'il est pourtant dispensé de rendre compte de sa gestion à l'extinction de la puissance paternelle.

Nous n'avons point besoin d'insister sur la contradic-

tion qui existe entre ces deux règles, tant elle est évidente; car comment peut-on assurer l'exécution de l'obligation qu'on impose au père, si l'on déclare d'avance qu'il n'est jamais responsable envers l'enfant ?

On a essayé de concilier de plusieurs façons les textes que nous avons cités. D'après la première opinion, le père serait responsable dans tous les cas, lorsque l'enfant prouverait qu'il a commis une faute dans sa gestion. Dans cette opinion le père n'est pas, il est vrai, obligé de rendre compte de son administration, mais l'exécution de l'obligation que la loi lui impose d'administrer avec tous les soins est assurée (1). Cette explication est une simple supposition qn'aucun texte n'autorise.

Dans une seconde opinion (2), la dispense de rendre compte existe au profit du père seulement pendant la durée de la puissance paternelle, mais à sa dissolution il est obligé de le faire comme tout autre administrateur.

Enfin dans la troisième opinion (3), que nous croyons la bonne, la contradiction entre les deux textes disparaît si on suppose qu'ils ne statuent pas sur le même cas, mais qu'ils ont en vue deux situations différentes.

Développons cette opinion et voyons si les textes permettent de faire cette distinction.

D'abord l'obligation de gérer avec tous les soins les *adventitia* du fils est imposée au père par la constitution de Constantin relative aux *bona materna*. Nous y lisons

1. Baron, *Pand.*, 576. Dernburg, t. III, p. 66.
2. Puchta, p. 628.
3. Marezoll, t. VIII, p. 388, Vangerow, I, p. 438.

que dans l'administration des biens maternels le père doit apporter toute la diligence. — *Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique tantum potestas est, omnem debent tuendæ rei diligentiam adhibere*, L. 1, § 1. C. VI, 60. On n'y parle pas, il est vrai, de comptes qu'il doit rendre à l'expiration de sa puissance, mais il n'en était certainement pas dispensé, car il devait justifier que dans son administration il s'était conformé aux prescriptions de la loi, et cette justification était impossible si on lui permettait de ne pas rendre compte.

Justinien dans les deux principales constitutions qu'il a consacrées aux *adventitia* s'occupe de la responsabilité du père. Il dit d'abord que le père est dispensé de rendre compte *nec ratiocinia eis super administratione inferre* (L. 6, § 2, C. VI, 61), puis il ajoute que l'administration du père est entièrement libre, *et gubernatio earum sit penitus impunita*. Dans la constitution 8 au même titre, il exprime la même idée, *paterna reverentia eum excusante a ratiocinis*. On ne trouve donc dans les textes de Justinien la moindre mention de l'obligation *ad omnem digentiam*, et pourtant Justinien s'explique tout au long sur les conditions selon lesquelles les *adventitia* devaient être administrés, d'où il faut conclure que le droit du père est le plus absolu et que ce dernier n'est jamais responsable envers l'enfant.

Il n'y a point d'autre manière de mettre d'accord les constitutions de Justinien et de Constantin, qu'en admettant que les droits du père n'étaient pas les mêmes sur les *bona materna* que sur les autres *adventitia*. Pour les premiers, le père est soumis à l'obligation d'apporter

omnem diligentiam et partant de rendre compte de sa gestion ; en ce qui concerne les seconds il est dispensé de toute obligation et peut les administrer comme il veut, sans que sa responsabilité soit jamais engagée.

La preuve qu'il existe une différence, à ce point de vue, entre les *bona materna* et les autres *adventitia*, résulte de la constitution de Justinien elle-même. Après avoir déclaré, que les successions que le fils de famille acquiert *extrinsecus*, seront désormais traitées comme les *bona materna*, — *ut in successione quidem earum rerum, quæ extrinsecus filiis familias adquiruntur, jura eadem observenture, quæ in maternis et nuptialibus rebus statuta sunt*, — il ajoute, que relativement à ces biens (c'est-à-dire relativement aux *adventitia* créés par lui) les fils de famille ne pourront jamais espérer avoir une hypothèque sur les biens du père ni lui demander compte de son administration. — *Non autem hypothecam filii famillias adversus res patris viventis adhuc seu jam mortui sperare audeant, nec rationcinia eis super administratione inferre.*

Comme on le voit par ce texte, Justinien a l'intention de faire marquer la différence qui existe entre les *bona materna* et les autres *adventitia*. Les premiers entraînent une hypothèque sur les biens du père en cas de second mariage, et de plus les enfants peuvent demander compte au père de sa gestion ; tandis qu'en ce qui concerne les seconds, ils n'ont aucun de ces droits.

On peut se demander d'où vient cette différence de traitement, et pourquoi les pouvoirs du père sont plus restreints et les droits du fils mieux garantis relativement aux *bona materna*, que pour les autres *adventitia*. L'expli-

cation qui nous paraît la plus plausible est la suivante.

On a trouvé probablement que les biens maternels méritaient un traitement plus favorable parce que les droits de l'enfant sur ses biens ont en quelque sorte un caractère plus sacré et plus naturel. C'est par la séparation des biens maternels que le pécule adventice avait commencé à se former ; pour leur garantie, l'enfant avait aussi une hypothèque dans certains cas. Il n'y avait donc rien d'étonnant qu'au point de vue de la responsabilité du père ils fussent différemment traités que les autres *adventitia*.

Pourtant il ne faut pas croire, que même à l'égard des autres biens, la loi en n'astreignant pas le père à l'obligation de rendre compte l'autorise à les mal gérer ou à les dissiper. Elle s'en remet plutôt à l'affection que le père a pour son enfant et y trouve une garantie suffisante.

DROITS DU FILS SUR LE PÉCULE ADVENTICE.

Nous venons de voir que presque tous les droits utiles, dont un bien compris dans le pécule adventice est susceptible, sont attribués au père. Il en a la jouissance et l'administration pleines et entières comme un véritable propriétaire, la faculté d'en disposer lui a été seulement enlevée.

Le droit de l'enfant nous apparaît donc comme quelque chose d'éventuel, ne devant se réaliser qu'à l'extinction de la puissance paternelle ; il a l'espoir de retrouver ses biens adventices intacts et de reprendre l'exercice de tous les droits à l'époque où il deviendra *sui juris*.

Si un bien de l'enfant a été aliéné en dehors des cas

prévus par la loi, celui-ci a le droit de le revendiquer et de rentrer en possession, lorsqu'il aura sorti de la puissance paternelle. Aucune prescription ne peut lui être opposée ni par l'acquéreur ni par le possesseur actuel (L. 1. § 2, C. VII, 40, L. 4, *in fine*. C. VI, 61).

Quant au droit de disposition, la constitution de Justinien fait une distinction entre le testament et les actes de disposition entre vifs.

L'enfant ne peut en aucun cas disposer par testament des biens compris dans son pécule adventice. Le consentement même du père ne le relève pas de cette incapacité (L. 11. C. VI, 22, L. 8, § 5. C. VI 61, pr. In. II, 9).

En ce qui concerne les actes de disposition entre-vifs, la loi les autorise, mais seulement avec le consentement des personnes sous la puissance de qui les enfants se trouvent. La constitution de Justinien ne limite point ce droit de disposition à certains cas déterminés, elle est conçue en termes généraux et dit que les enfants sont admis, après s'être préalablement assurés du consentement du père, à aliéner les *adventitia*, à les hypothèquer et donner en gage, — *dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecæ titulo dare, vel pignori adsignare.* L'argent qui provient de ces aliénations n'appartient en propre ni au père ni à l'enfant ; il tombe dans le pécule adventice de ce dernier, et s'il n'a pas été dépensé dans l'intérêt de l'enfant (par exemple pour le nourrir ou l'élever) le père en aura la jouissance.

Une situation particulière peut se présenter lorsque le père abandonne à l'enfant la jouissance et l'administration des biens adventices. L'enfant à qui cet abandon

aurait été fait administrera dans ce cas ses propres biens comme un pécule profectice ; le père reste donc libre de lui retirer cette administration et les bénéfices qu'il a réalisés à l'aide de ses *adventitia*, quand bon lui semblera.

Seulement s'il meurt sans l'avoir fait, l'enfant gardera pour lui les économies provenant de l'usufruit et les autres héritiers ne pourront pas y prétendre (L. 6, § 2 C. VI, 61).

CHAPITRE III

Bona adventitia extraordinaria ou *irregularia.*

Pour en finir avec cette étude des biens adventices du fils de famille dans le droit de Justinien, il ne nous reste à présent qu'à examiner ce qu'on a l'habitude d'appeler les *bona adventitia extraordinaria* ou *irregularia* (1) et à déterminer leur condition juridique.

Nous allons essayer d'abord de mettre bien en lumière le principe auquel se rattache l'institution des *adventitia extraordinaria :* c'est le meilleur moyen d'en faire comprendre le sens et la portée.

Les biens adventices appartiennent à la fois, comme nous l'avons expliqué dans le chapitre précédent, au père et au fils; le premier a sur eux tous les droits utiles qu'on désigne dans les textes sous le nom d'usufruit, le second n'en a que la nue-propriété. Mais il faut se garder bien de dire, comme font beaucoup d'auteurs, que le pécule adventice est une partie du patrimoine du fils, dont la jouissance est accordée au père. Cette manière de s'exprimer est tout à fait fausse et elle est en contradiction flagrante avec l'idée qui domine toute notre

1. Avons-nous besoin de dire que cette expression a été inventée par les interprètes et qu'elle ne se trouve dans aucun texte.

matière. Le pécule adventice n'appartient pas plus au fils qu'au père; tous les deux ont, sur les biens qui le composent, des droits qui sont absolument indépendants les uns des autres. L'acquisition de tout *adventitium* est en quelque sorte double; le même fait juridique donne naissance aux droits du père et de l'enfant; le père acquiert un bien adventice *ad usum fructum*, le fils *ad dominium*.

C'est dans cette indépendance des droits de deux parties — du père et de l'enfant — et dans ce fait, que l'acquisition de tout *adventitium* est un acte double, que nous devons chercher l'idée qui a motivé la création des *bona adventitia extraordinaria*.

Pour qu'un bien déféré au fils de famille puisse entrer dans son pécule adventice, l'accord de deux volontés — celles du père et du fils — est indispensable; il faut que chacun d'eux veuille acquérir les droits qui lui sont conférés, car selon un vieux principe de droit, nul ne peut acquérir malgré soi. Si cette entente ne se réalise pas la chose en question ne serait pas un *adventitium*. Le père n'est pas admis à forcer son fils de lui prêter son concours qui est nécessaire pour l'accomplissement du fait juridique qui donne naissance à un *adventitium*; pareillement l'enfant est absolument désarmé à l'égard de son père.

Mais comme leurs droits respectifs sont absolument indépendants les uns des autres, il en résulte, qu'il n'est pas permis à une partie de porter atteinte au droit de l'autre.

Supposons d'abord que le refus provienne de la part du fils, qui ne veut point acquérir le *dominium* d'un bien adventice. Il est évident que ce refus ne peut point empê-

cher le père d'acquérir les droits que la loi lui confère. Mais comme l'enfant renonce au *dominium*, le père aura la chose en pleine propriété comme avant la création du pécule adventice.

Quoique Justinien s'occupe longtemps de ce cas dans sa constitution, nous ne nous y arrêtons pas, parce que les biens ainsi acquis au père, malgré leur origine, n'ont rien qui les rattache aux *adventitia* soit ordinaires soit extraordinaires.

Prenons à présent l'hypothèse opposée et supposons que c'est le père qui se refuse à cette acquisition commune et, par son fait, empêche un bien d'entrer dans le pécule adventice.

Il renonce à son droit, mais sa renonciation ne peut en aucune façon léser l'enfant ; ce dernier en profitera même, et, au lieu d'avoir seulement le *dominium* de la chose, il jouira de tous les droits dont elle est susceptible. C'est le premier cas des *adventitia extraordinaria*.

Dans les deux autres, l'obstacle qui s'oppose à ce qu'un bien tombe dans le pécule adventice, ne vient point de la part du père ; c'est par un fait étranger à sa volonté qu'il est privé de tout droit sur les *adventitia extraordinaria* du fils.

Examinons les trois cas des *adventitia extraordinaria* que nous trouvons dans les textes.

I. — Le premier est prévu dans la constitution de Justinien (L. 8, § 1. C. VI, 61). Il s'agit d'une hérédité déférée au fils de famille ; le père, comme c'était son droit, refuse au fils son concours pour faire l'adition, l'accord de deux

volontés n'ayant pas pu être réalisé, le bien ne sera pas un *adventitium*.

Mais Justinien autorise l'enfant dans ces conditions à accepter tout seul, et décide que le père n'aurait ni usufruit ni aucun autre droit sur les biens composant cette hérédité, — *sive e contrario patre recusante filius adire hereditatem voluerit, nullam adquisitionem nec usum fructum patri offerri, sed ipsum filium sibi imputare si quid ex hoc contigerit.*

Il est évident, que la même solution doit être admise, pour toutes les autres acquisitions que le fils aurait faites contre la volonté du père. Du reste Justinien lui-même le dit implicitement dans le même texte.

II. — En ce qui concerne le second groupe des *adventitia extraordinaria*, ce n'est pas le père qui refuse d'acquérir ; l'obstacle à l'acquisition commune provient ici de la volonté d'un tiers.

Avant Justinien, un parent ou une personne étrangère ne pouvait pas avantager un enfant en lui faisant une donation ou en lui laissant un legs, sans que le père en profitât immédiatement, parce qu'il avait sur les *adventitia* des droits qu'il n'était au pouvoir de personne de lui enlever. Il devait arriver souvent en pratique, que le donateur ou testateur ayant des raisons particulières de ne pas vouloir avantager le père et n'ayant pas de moyen de l'empêcher, renonçât à la libéralité qu'il se proposait de faire à l'enfant ; c'est donc celui-ci qui souffrait en dernier lieu de cette situation.

Justinien dans la Novelle 117 (c. 2) essaya d'y porter remède.

Il permit désormais à toute personne, parente ou non de l'enfant, qui voulait lui faire une donation, un legs ou une libéralité quelconque par acte entre-vifs ou par disposition de dernière volonté, de mettre comme condition de cette libéralité que le père n'aurait ni usufruit ni aucun autre droit sur les biens donnés ou légués — *sub hac definitione atque condicione, si voluerint ut pater aut qui omnino eos habet in potestate in his rebus neque usumfructum nec quodlibet penitus habeant participium.*

Seulement lorsqu'il s'agit des ascendants de l'enfant, cette condition ne peut être imposée que pour ce qui excède la partie qu'ils sont obligés de laisser à l'enfant.

III. — Le troisième cas des *adventitia extraordinaria* dérive directement de la loi. Le père n'a sur ces biens ni usufruit ni aucun autre droit parce que la loi les lui refuse expressément.

Le cas prévu par la Novelle 118 (c. 2) a lieu lorsque le père héritait d'un de ses enfants, et qu'il avait pour cohéritier un de ses frère ou sœur. Il n'avait point alors l'usufruit de la portion dévolue à ces derniers, quoiqu'ils soient encore soumis à la puissance paternelle.

Voyons à présent quelle était la condition juridique des biens que nous venons de déterminer.

Nous pouvons en donner la définition suivante : les *bona adventitia extraordinaria* sont les biens dont le fils a la pleine propriété sans qu'il soit traité à leur égard comme un *paterfamilias.*

Le père de famille n'a donc en sa qualité de père absolument aucun droit sur les *adventitia extraordinaria.* Le

fils en a la pleine propriété et il n'est jamais permis au père d'user de son autorité paternelle pour empêcher l'enfant d'exercer les droits que la loi lui accorde.

Mais il ne faut pas oublier, que le fils de famille, même lorsqu'il a la pleine propriété de ses *adventitia extraordinaria*, ne cesse d'être un fils de famille : il reste donc comme tel soumis à toutes les restrictions dérivant de cette qualité et dont il n'a pas été affranchi par une disposition expresse de la loi.

Les deux conséquences qu'il faut tirer de ce principe sont les suivantes : le fils de famille ne peut jamais disposer des *adventitia extraordinaria* par acte de dernière volonté, de plus, il ne peut devenir ni créancier ni débiteur de son père à l'occasion de ces biens.

La première de ces deux conséquences a cependant été contestée ; on a prétendu que la faculté de disposer par testament doit être reconnue au fils. Nous croyons que cette opinion ne doit pas être admise.

En principe dans le droit romain pour pouvoir tester il faut être *sui juris*, c'est-à dire être père de famille (1). Il est vrai, qu'il y a des cas où une personne, quoique soumise à la puissance paternelle, peut disposer de ses biens par acte de dernière volonté, cela se passait notamment pour les pécules *castrense* et *quasi castrense*. Mais cette dérogation au principe provient du fait qu'à l'égard de ces biens, le fils de famille n'est plus considéré comme *filiusfamilias*, mais comme une personne *sui juris*, comme un *paterfamilias*.

1. Accarias, I, 817. Baron, *Inst.*, p. 289. Baron, *Pand.*, p. 645. Marezoll, t. VIII, p. 431.

Or, en ce qui concerne les *adventitia extraordinaria*, un fils de famille n'est jamais comparé à un père de famille, et aucun texte ne lui accorde expressément le droit de disposer de ces biens par acte de dernière volonté, d'où nous devons conclure qu'il n'avait pas la faculté de tester (1).

On a, il est vrai, essayé de tirer un argument d'un passage de la Constitution de Justinien, où il est dit qu'à l'égard de ses biens dont ses parents ont l'usufruit, un fils de famille ne peut point tester (L. 8, § 5, C. VI, 61), or, dit-on, si l'usufruit des biens n'appartient pas aux parents, l'enfant peut en disposer par testament. Cet argument *a contrario* est sans aucune force, rien ne prouve que Justinien ait voulu marquer dans ce texte une différence entre les deux espèces des *adventitia;* de plus dans une autre constitution postérieure à celle dont nous venons de parler, il refuse au fils la faculté de tester dans tous les cas, — *sive sine patris consensu bona possideant, secundum nostræ legis distinctionem, sive cum eorum volontate* (L. 11, C. VI, 22). Dans les Institutes il n'est pas moins explicite et dit qu'à l'exception des pécules *castrense* et *quasi-castrense*, le fils de famille ne peut jamais faire un testament.

Si l'enfant est majeur, il administre lui-même ses *adventitia extraordinaria*, et peut en disposer à titre gratuit ou onéreux, sous les restrictions que nous venons de déterminer.

En cas de minorité, et par application d'une règle de

1. Baron, *Pand.*, p. 597. Vangerow, I, 443. Marezoll, t. VIII, 431 et suiv.

droit commun on nomme à l'enfant un tuteur, qui est chargé de l'administration des *adventia extraordinaria* jusqu'à sa majorité.

Quant à la personne qui est appelée à exercer ces fonctions, il y a lieu de faire une distinction entre les différents cas des *adventitia extraordinaria.*

Lorsque c'est à la suite du refus de prêter son concours à l'enfant, qu'un bien est devenu un *adventitium extraordinarium*, c'est le père lui-même qui est chargé de son administration. Mais s'il s'y refuse l'enfant n'a pas de moyens de l'y forcer. Il doit s'adresser dans ce cas au magistrat qui lui nommera un autre tuteur. Si le père accepte, il administre les *adventitia extraordinaria* non comme père et en vertu d'un droit propre et indépendant, mais comme représentant de l'enfant, aussi ces pouvoirs n'ont point le caractère exceptionnel que nous avons constaté à propos des adventices ordinaires.

Nous croyons qu'il faut suivre la même règle en ce qui concerne le troisième cas des *extraordinaria.* La Novelle qui les a créés ne dit rien il est vrai, mais nous ne voyons pas de raisons pour exclure le père.

Quant aux biens légués ou donnés à l'enfant sous condition que le père n'en aura pas la jouissance, la Novelle 117 (c. 2) détermine la manière dont ils seront administrés.

D'abord, si le donateur ou le testateur a désigné une personne comme tuteur il faut suivre sa volonté sur ce point. Il est à remarquer que, aux termes de cette Novelle la mère ou la grand'mère, quoique leurs maris soient

encore en vie, peuvent être chargées de cette administration.

Mais si la personne désignée n'accepte pas cette tutelle ou si le donateur n'a pas exprimé sa volonté à cet égard, il y a lieu à la nomination d'un tuteur par le magistrat comme dans le premier cas.

SOMMAIRE :

DROIT FRANÇAIS

DE LA PUISSANCE PATERNELLE
en droit international privé

INTRODUCTION

DU CARACTÈRE JURIDIQUE DE LA PUISSANCE PATERNELLE
DANS LE DROIT MODERNE.

La multiplication des relations entre individus appartenant à des nations différentes, et par conséquent à des législations dissemblables, a eu, pour effet, en ces dernières années, de développer considérablement l'étude de droit international privé.

Toutes les grandes questions qui y touchent de près ou de loin ont été examinées, discutées, et nous pouvons même dire résolues. Les principes de la science sont posés et établis, et il ne s'agit à présent que de les appliquer sur tous les points.

Nous nous proposons dans les pages qui vont suivre, et, en nous plaçant plus spécialement au point de vue du

droit français, de rechercher les règles d'après lesquelles les conflits des lois relatives à la puissance paternelle, doivent être tranchés.

Il est vrai que ces conflits ne sont pas d'une importance de premier ordre, mais ils soulèvent cependant un certain nombre de difficultés qui peuvent se rencontrer assez souvent dans la pratique et qui, partant, méritent d'être examinées et étudiées de près.

Nous tâcherons d'abord de déterminer les principes qu'il convient d'adopter pour la solution de ces conflits ; ensuite nous en poursuivrons l'application aux différents droits que la loi confère aux parents sur la personne et les biens de leurs enfants mineurs, et dont l'ensemble constitue la puissance paternelle.

Mais avant d'aborder notre sujet, tel que nous venons de le définir, nous croyons indispensable de nous arrêter un instant, et de bien préciser la nature et le caractère juridique de la puissance paternelle dans le droit moderne.

Dans une science comme le droit international privé, dont la mission consiste précisément à indiquer laquelle de plusieurs lois en présence doit s'appliquer à un rapport de droit déterminé, il est de toute nécessité d'être bien fixé sur la nature intime de ce rapport. Le but que le législateur s'est proposé en réglementant les relations des enfants avec leurs parents, les besoins auxquels il lui a fallu satisfaire et l'esprit dans lequel il a conçu la puissance paternelle, nous fournissent les éléments susceptibles de nous aider à arriver à une solution juste, conforme au droit et à la nature des choses.

Ces préliminaires sont d'autant plus nécessaires que nous nous trouvons ici en présence de deux traditions, de deux manières de comprendre la puissance paternelle, différant l'une de l'autre par leur base même. Nous voulons parler du droit romain et du droit germanique.

Il faut donc voir laquelle de ces deux conceptions a prévalu et se trouve consacrée par les lois modernes.

Ce que nous voyons de plus frappant et de plus caractéristique dans la *patria potestas* romaine, c'est qu'elle existe au profit et dans l'intérêt du père de famille lui-même. Mais cet intérêt n'est qu'apparent ; au fond, ce n'est qu'un moyen d'atteindre un but plus éloigné, un but politique (1). La *patria potestas* romaine, au moins dans les premiers temps, était presque une institution politique. Les Romains pensaient que l'unité et la forte organisation de la famille étaient une condition de force, un élément de stabilité et de puissance pour l'état, et ils n'hésitaient point à y sacrifier la personnalité même des enfants.

Au fond, ce qui fait l'originalité de la *patria potestas*, ce ne sont point les pouvoirs les plus étendus et les plus absolus que possède le père de famille sur les personnes soumises à sa puissance ; nous trouvons une organisation à peu près semblable chez tous les peuples primitifs, où la société politique, l'état, n'est guère encore constitué, et où comme toute organisation politique il n'existe que des groupes de familles.

1. Accarias, *Précis du droit romain*, I, p. 182.

Ce qu'il y a de particulier et de frappant à Rome, c'est la survivance d'un état social aux causes qui l'ont fait naître (1). L'état ayant trouvé là un élément de force s'est bien gardé d'y rien changer.

Le trait dominant de cette organisation, c'est la négation de la personnalité civile des enfants, leur absorption par le père, qui résume et personnifie tous ceux qu'il a sous son autorité.

D'abord il avait des droits les plus absolus sur leur personne ; c'est ainsi qu'il pouvait les tuer, les vendre, les exposer, etc. Toutefois, il est vrai, que peu à peu à mesure que le pouvoir social se développait et sous l'influence des idées morales du christianisme, ces droits exorbitants du père (à l'exception des droits d'exposition et de vente, et seulement dans des cas très rares et bien déterminés) allaient en diminuant et finissaient par disparaître dans le Bas-Empire à l'époque de Justinien.

Mais deux effets de la *patria potestas*, qui persistent jusqu'à la fin du Bas-Empire, et qui passent même dans les pays où le droit romain a été reçu comme droit commun sont, d'une part l'absence de la personnalité civile de l'enfant et de l'autre, la durée indéfinie de la puissance paternelle.

Cette absorption de l'enfant par le père au point de vue des droits civils, était au commencement complète. L'enfant ne pouvait pas avoir de patrimoine propre, distinct de celui du chef de famille, tout ce qu'il acquérait était

1. Bruns. *Das heutige roemische Recht.* p. 553, dans l'*Encyclopédie* de Holtzendorff. Viollet. *Précis de l'Histoire du droit français*, t. I, p. 415.

acquis au père et allait se confondre dans la masse de ses biens; de plus aucune obligation n'était possible entre le père et l'enfant, voire même entre deux personnes soumises à la même *patria potestas*, ce qui du reste était une conséquence forcée et naturelle de la théorie romaine, qui considérait l'enfant comme un instrument d'acquisition pour le père.

La création successive de différents pécules modifia considérablement l'incapacité du fils de famille. A l'époque de Justinien on peut poser en principe qu'il acquiert pour lui-même, la plupart de ses acquisitions étant classées dans la catégorie des biens sur lesquels le père n'avait qu'un droit de jouissance et d'administration. Mais la puissance paternelle continuait toujours à durer indéfiniment, un acte formel du père, l'émancipation, étant nécessaire pour y mettre fin.

Nous retrouvons la *patria potestas* ainsi modifiée et mitigée dans les pays de droit écrit (le père pouvait notamment faire détenir ses enfants toute leur vie) (1); la jurisprudence des parlements avait seulement ajouté quelques causes d'émancipation tacite et forcée, notamment l'émancipation par le mariage.

Il est hors de doute, que la puissance paternelle dans le droit germanique avait au commencement une organisa-

1. Pradines. *Etude sur les limites apportées à la puissance paternelle*, etc., dans le « *Bulletin de la société de lég. comparée* », 1880, p. 120.

tion sinon identique au moins très semblable à celle de la *patria potestas* (1).

A l'origine, le père germain avait des droits aussi étendus et aussi absolus que le *pater* romain sur la personne de ses enfants. Nous retrouvons notamment dans le droit germanique le droit de vie et de mort, le droit d'exposer l'enfant et de le vendre.

Au point de vue des droits patrimoniaux, les acquisitions du fils ne lui appartenaient pas. Elles se confondaient dans la masse des biens de la communauté dont le chef de famille avait la jouissance et l'administration. Toutefois il faut remarquer que, même chez les Germains, primitifs les droits du père sur ces biens étaient assez restreints, et que pour les vendre, il devait s'assurer le consentement des autres membres mâles de la communauté, qui étaient considérés comme copropriétaires.

Mais, chez les Germains, la puissance paternelle, au lieu de se figer dans sa forme primitive, comme à Rome, se développait lentement, suivant le progrès moral et matériel du peuple. Les droits excessifs du chef de famille disparaissaient avec les causes qui avaient rendu leur établissement nécessaire.

Peu à peu cette autorité se modifia et finit par devenir ce qu'elle est aujourd'hui, c'est-à-dire un pouvoir de protection pour des êtres faibles et incapables de se suffire à eux-mêmes (2).

1. Viollet. *Précis*, t. I, p. 416, Lehmann. *Die elterliche Gewalt* etc., dans le « *Jahrbuch für Dogmatik* », t XXV, n. 2.

2. Laferrière. *Essai sur l'histoire du droit français*, t. I. p. 132

A l'époque de la conquête elle était déjà bien différente de la *patria potestas*.

Le *mundium* embrassait tout à la fois la garde de la personne de l'enfant et l'administration de ses biens et présentait tous les caractères d'une mesure de protection et de tutelle (1). L'enfant était parfaitement capable d'acquérir pour lui-même, et le père n'avait qu'un simple droit de jouissance et d'administration des biens dont l'enfant gardait la propriété (2).

De plus, le second trait distinctif de la *patria potestas* romaine n'existait plus ; la durée de la puissance paternelle était encore en principe indéfinie, mais en principe seulement, l'enfant majeur ayant la liberté d'en sortir en quittant la maison paternelle.

La tradition germanique se retrouve dans le droit coutumier français. Il y existait une variété infinie dans l'organisation de l'autorité paternelle, mais malgré cette diversité de détails il n'est pas difficile de constater que les principes sur lesquels elle reposait étaient les mêmes. Loysel les résumait en une seule phrase lorsque dans ses *Institutions coutumières* il déclarait que dans les pays de coutumes « le droit de puissance paternelle n'a lieu (3). » Assurément il ne voulait pas dire par là, que dans ces pays les parents étaient dépourvus de toute espèce d'autorité sur leurs enfants ; en s'exprimant ainsi, il entendait tout simplement marquer la différence profonde qui exis-

1. Bernard. *Histoire de l'autorité paternelle en France*, p. 62.
2. Laurent. *Principes de droit civil*. IV, p. 314.
3. L. I, t. I, n. 37.

tait entre la *patria potestas* et l'autorité paternelle des coutumes.

La première était un droit pour le père ; tandis qu'on considérait la seconde comme une mesure de protection établie dans l'intérêt de l'enfant, comme un devoir imposé au père, comme une obligation résultant de sa qualité.

Passons maintenant aux législations modernes et voyons, laquelle de ces deux traditions y a été suivie et quels caractères présente aujourd'hui la puissance paternelle.

Nous constatons avant tout qu'elle a perdu ce qu'elle avait d'artificiel dans le droit romain (sa durée indéfinie et la négation de la personnalité civile des enfants) pour devenir ce qu'elle doit être, d'après la nature même des choses.

Elle a aujourd'hui le même objet que la tutelle, la protection des êtres incapables. Il s'agit de gouverner la personne et les biens des mineurs, qui en raison de leur âge, ne sont pas capables de se guider eux-mêmes et de veiller à la conservation de leurs intérêts matériels (1).

Mais elle diffère et doit différer des autres mesures de protections établies par la foi, à cause des circonstances particulières dans lesquelles se trouvent les personnes qui y sont engagées.

La famille, dans le sens strict du mot, formant une société en petit, dont l'agrégation constitue le corps social ou l'État, il était de toute justice que le législateur la chargeât de la protection de ses membres incapables ;

1. Laurent. *Droit civil international*, t. VI, n. 1.

pour eux, la protection résulte de la notion même de famille.

Les parents, en transmettant la vie à leurs enfants, s'obligent, par le fait même de la génération, à les élever et à les mettre à même de développer les facultés qu'ils ont reçues avec la vie. C'est pour eux un devoir sacré, imposé par la nature, que la loi ne fait que constater et réglementer.

Fondée sur l'affection que la nature a mise dans le cœur de ceux qui sont unis par un lien de sang, la puissance paternelle est aujourd'hui un droit pour l'enfant dans l'intérêt de qui elle existe, prenant fin dès qu'il est en état de s'en passer.

Tels sont ses traits caractéristiques chez les peuples civilisés, malgré les différences plus ou moins grandes de son organisation que nous aurons à signaler plus tard.

Une courte revue des principales législations modernes nous fournira la meilleure preuve de l'exactitude de notre dire.

Le législateur français, à l'époque de la rédaction du Code civil, se trouvait en présence des deux traditions: la *patria potestas* fortement mitigée en vigueur dans les pays de droit écrit, et le droit coutumier n'admettant qu'une autorité tutélaire, dont l'origine germanique n'est point douteuse.

Les variétés infinies que l'autorité paternelle présentait dans le droit coutumier, n'ont pas permis au législateur français de le suivre sur ce point, mais les travaux préparatoires du Code civil ne laissent subsister aucun doute sur

son intention de répudier la conception romaine de la puissance paternelle en vigueur dans les pays de droit écrit.

Réal dans l'exposé des motifs du titre IX s'exprimait dans les termes suivants (1) :

« C'est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants. »

Albisson, orateur du Tribunat, n'était pas moins net dans ses déclarations.

« L'autorité des père et mère sur leurs enfants, — disait-il dans son discours (2) — n'ayant pas directement d'autres causes ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas à proprement parler un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir sacré. »

Au cours de la discussion, et pour mieux marquer l'esprit de l'institution, on a même supprimé l'expression de « puissance paternelle » et on l'a remplacé par les mots « autorité paternelle », dans tous les articles du titre (elle est restée cependant dans l'intitulé du titre, on ne sait pourquoi).

En *Italie*, où le droit romain s'est conservé beaucoup mieux qu'en France, les institutions germaniques ont cependant profondément modifié et tempéré les rigueurs

1. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France, etc.*, t. VII, p. 50.

2. Locré, t. VII. p. 82.

de la puissance paternelle romaine et les conséquences qui en résultaient dans les rapports de famille. Telle qu'elle est organisée aujourd'hui en Italie par le Code civil (t. VIII art. 220 et suiv.), la puissance paternelle ne diffère pas beaucoup de ce qu'elle est en France; on peut même dire qu'elle s'y rapproche plus de la tutelle.

L'Espagne est certainement les pays où la tradition romaine a le plus longtemps subsisté sur ce point (1). Il y a peu de temps encore, l'autorité paternelle espagnole ressemblait beaucoup à la puissance paternelle des pays de droit écrit de l'ancienne France. Mais la loi du 18 juillet 1870 sur le mariage civil a définitivement rompu avec la tradition romaine et on est ainsi revenu à la notion primitive du droit wisigoth. Le nouveau code Civil de 1888 (titre VII art. 154-175) a maintenu ces modifications en les complétant, de sorte qu'aujourd'hui la puissance paternelle en Espagne n'a rien de particulier, rien qui la distingue de ce qu'elle est dans les autres pays européens.

En *Angleterre* et dans les pays régis par le *Common Law* elle est plutôt une tutelle légale qu'une puissance proprement dite (2). Le père n'a d'autres pouvoirs qu'un tuteur ou un gardien ordinaire (3).

Le droit commun *allemand* (4), (les droits particuliers

1. Lehr. *Eléments de droit civil espagnol*, première partie, p. 125.

2. Lehr. *Eléments de droit civil anglais*, p. 117.

3. Blackstone. *Commentaire sur les lois anglaises*, t. II, p. 174.

4. Dernburg, *Pandekten*, t. III, p. 64 et suivantes.

des états ayant un code n'en diffèrent pas beaucoup sur ce point) (1), admet bien la durée indéfinie de la puissance paternelle, ce qui ne doit pas nous induire en erreur, et nous faire méconnaître son vrai caractère, étant donné que l'enfant majeur est absolument libre de la faire cesser par la fondation d'un établissement séparé, *separatio economia,* qu'il n'est jamais permis au père d'empêcher. Quant aux acquisitions du fils, on les range dans la plupart des cas, dans son pécule adventice, et on n'accorde au père qu'un droit de jouissance finissant avec la majorité de l'enfant.

1. Von Roth. *System. des deutschen Privatrechts*, t. II, p. 276 et suivantes. Stœlzel. *Das Recht der vaeterlichen Gewalt in Preussen*, dans le « *Justiz ministerial Blatt* » 1874, p. 128 et suiv. Voir cependant pour l'*Autriche*, Von Stubenrauch. *Commentar zum æstereichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, t. I, p. 230 et suiv.

PREMIÈRE PARTIE

Du statut de la puissance paternelle

CHAPITRE PREMIER

DU STATUT DE LA PUISSANCE PATERNELLE EN GÉNÉRAL.

I

Nous avons essayé de démontrer que la puissance paternelle présente dans toutes les législations modernes le même caractère : c'est une mesure de protection établie dans l'intérêt même des personnes qui y sont soumises.

Mais cette unité n'existe que relativement à sa base et à son fondement juridiques ; des différences nombreuses nous apparaissent, dès que nous jetons un coup d'œil sur son organisation dans les principaux pays civilisés. Si le but est partout le même, c'est-à-dire de protéger des êtres incapables, les moyens que l'on a crus propres à sa réalisation varient d'un peuple à l'autre.

Ces différences sont loin de nous étonner et nous les trouvons parfaitement naturelles dans une matière qui, comme la nôtre, intéresse au plus haut point l'organisation sociale d'un peuple.

Les lois civiles, surtout celles qui ont trait à l'organi-

sation de la famille, doivent être en rapport intime avec les conditions morales et matérielles des hommes auxquels elles sont destinées. Chaque peuple a ses traditions, son passé et ses mœurs particulières qui constituent sa vie nationale; les conditions climatériques et géographiques où il est placé ne sont pas les mêmes que celles de la nation voisine. Lorsqu'il s'agit de mettre un principe en pratique dans le domaine de la législation, tout législateur intelligent et désireux de faire une œuvre ayant quelque chance de durée doit s'inspirer, autant que possible, des éléments que nous venons d'énumérer et, comme ils sont susceptibles de varier à l'infini, la diversité des lois civiles nous apparaît comme un fait conforme à la nature même des choses. L'uniformité n'y est ni possible ni désirable, car avant d'exister dans les lois il faudrait qu'elle fût réalisée dans les mœurs et dans le caractère des peuples, ce qui serait contraire aux lois les plus élémentaires de la nature.

Mais des relations, de jour en jour plus nombreuses, s'établissent entre les individus qui, n'appartenant pas à la même nationalité, relèvent de lois différentes. Un rapport de droit peut naître, se prolonger et s'éteindre ou s'exécuter sur des territoires soumis à des législations particulières, ayant chacune quelque titre à le régir. De là naissent ce qu'on a l'habitude d'appeler les conflits de lois. Le droit international privé nous enseigne les principes qui président à leur solution, en nous indiquant la loi qui, dans chaque cas donné, doit prévaloir sur les autres.

Nous allons essayer ici de déterminer à l'aide de ces principes le statut de la puissance paternelle, c'est-à-dire de désigner la loi dont elle doit dépendre.

II

La puissance paternelle, qui se compose d'un ensemble de droits et devoirs dont sont investis les parents légitimes ou naturels ou qui leur incombent, constitue un rapport de famille. Comme tous les autres rapports de famille, elle n'est au fond qu'une suite, une conséquence nécessaire de l'état de famille, et « forme dans l'homme un état, une condition personnelle » (1).

La distinction qu'on fait ordinairement entre les rapports de famille et les autres effets de l'état des personnes n'implique en aucune façon une différence de nature entre les premiers et les seconds : c'est tout simplement une question de méthode. Comme les relations qui existent entre les membres d'une même famille sont d'une importance de premier ordre, on a pris l'habitude de les séparer des autres effets de l'état pour en former un groupe spécial et distinct (2). Mais leur caratère juridique n'a rien de particulier, rien qui leur soit propre.

Dans nos recherches ultérieures nous considérerons toujours la puissance paternelle comme un effet et une

1. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 68.

2. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. II, 115; Fiore, *Le droit international privé*, t. I, 93; Savigny, *Système de droit romain*, t. VIII, p. 320.

conséquence de l'état des personnes. Les droits qu'elle confère et les devoirs qu'elle impose ne sont pour nous que les avantages et les charges que la loi attache à certaines qualités, et qui en sont inséparables. Donc, toutes les raisons qui existent et font régir l'état d'une personne par telle ou telle loi, conservent ici toute leur force et doivent nous conduire aux mêmes résultats.

Dès que des hommes obéissant à des coutumes ou lois différentes, à l'époque où la territorialité du droit était en pleine vigueur, commencèrent à entretenir des relations pacifiques et à entrer en contact les uns avec les autres, on a été forcé par des raisons de nécessité pratique d'admettre que leur état et leurs rapports de famille devaient toujours dépendre de la même loi.

Sans essayer d'expliquer cette règle par des raisons juridiques et malgré les nombreuses divergences qui éclataient quand il fallait l'appliquer et en tirer toutes les conséquences, on reconnaissait en principe que la condition d'un individu ne pouvait varier à chaque déplacement matériel qu'il effectuait. Les inconvénients pratiques et l'extrême incertitude dans les relations qui résultaient du principe de la territorialité du droit alors universellement admis, ont bien vite contraint, même les réalistes les plus acharnés, à y apporter quelques exceptions qu'on justifiait par des raisons de convenance et d'utilité commune. Les exceptions, sous le nom de statut personnel, comprenaient en général toutes les lois qui avaient pour objet direct et immédiat l'état des hommes et leur capacité juridique; les rapports de famille y rentraient également par

voie de conséquence. Pour ces espèces de droits une personne restait sous l'empire de la loi de son domicile en quelque endroit qu'elle se trouvât.

Le point de départ du droit international moderne est bien différent.

Il reconnaît, avant tout, une communauté de droit entre tous les peuples civilisés faisant partie de la société internationale. Les frontières ne doivent pas, d'après les idées qui ont cours actuellement, former des barrières infranchissables et empêcher le développement et la multiplication des relations entre les sujets de différents états. L'activité de l'homme n'est plus aujourd'hui enfermée dans les limites étroites du pays dont il est citoyen ; elle se répand sur toutes les contrées du globe terrestre, et la gêner dans son expansion naturelle serait contraire aux intérêts bien compris des nations civilisées.

Le droit moderne ne pose donc pas en principe que toutes les lois sont territoriales et applicables à toutes les personnes qui se trouvent dans leur ressort, quitte à y apporter des exceptions commandées par les besoins de la vie pratique. Il cherche uniquement à déterminer pour chaque rapport de droit, le domaine du droit le plus conforme à sa nature propre et essentielle, et une fois la loi qui doit le gouverner désignée, on l'applique sans distinguer si elle est nationale ou étrangère (1).

Les règles enseignées par le droit international privé ne sont point considérés comme un produit plus ou moins arbitraire des législations des états particuliers, elles leur

1. Savigny, t. VIII, p. 30.

sont supérieures et leur admission est commandée par la nature même des choses et les besoins d'un commerce international régulier.

La souveraineté de fait des états étant illimitée, il leur est possible de s'en écarter et de résoudre les conflits de lois qui se produisent dans leur territoire d'après d'autres principes. Mais le fait n'est pas le droit, et la violation des principes du droit international privé constitue un acte inique et contraire au droit au même titre que la méconnaissance des règles du droit des gens (1).

Il faut donc appliquer chaque loi aux rapports de droit qui sont de sa compétence naturelle. La seule limite que l'on doit assigner à l'application des lois étrangères résulte du droit qu'on est obligé de reconnaître à chaque état, de se défendre et d'empêcher, sur son territoire, l'accomplissement des faits qu'il juge incompatibles avec les conditions essentielles de son existence. C'est un droit justifié par un principe fondamental du droit des gens : la reconnaissance et le respect réciproques de la souveraineté des états. Vouloir faire produire à une loi étrangère sur le territoire d'un état des effets contraires aux principes d'ordre public qui y sont en vigueur, serait nier cette souveraineté elle-même.

III

Recherchons à présent et en nous appuyant sur les principes que nous venons d'exposer, quelle est la loi qui

1. L. von Bar. *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, t. I, p. 106.

convient le mieux au rapport juridique qui fait l'objet de notre travail.

Trois sortes de liens peuvent exister entre un individu et une loi.

Le premier résulte du fait matériel du séjour d'une personne sur le territoire d'un état dont la loi est l'œuvre. Ce lien est purement provisoire et passager, le déplacement de l'individu qui quitte, même momentanément, le territoire le rompt définitivement.

Les deux autres sont plus stables et, d'après leur nature même, doivent durer un certain temps. Les faits qui leur donnent naissance sont le domicile et la nationalité d'un homme. Pour qu'ils soient rompus un simple changement de résidence ne suffit point. Malgré les absences plus ou moins prolongées de l'individu ils continuent à subsister; pour s'en délivrer, il est nécessaire d'accomplir certaines formalités strictement déterminées par la loi, à savoir le transfert du principal établissement dans un autre endroit où l'acquisition d'une nouvelle nationalité.

De ces trois lois qui peuvent avoir quelque titre chacune à régir un individu quant à ses rapports de famille, nous écartons d'abord sans aucune hésitation celle de l'endroit où une famille étrangère se trouve actuellement d'une manière passagère.

Cette loi ayant été faite en vue d'autres individus n'a aucune compétence sur ce point à l'égard des étrangers, qui sont en contact purement matériel avec elle par leur séjour sur le territoire qu'elle régit. Elle ne connaît ni leurs mœurs ni leur caractère, et ne peut par consé-

quent savoir quelle organisation de famille leur convient. Comme le dit très bien M. von Bar (1) « S'il y a une matière où la loi personnelle doit s'imposer, c'est certainement le cas des droits de famille. Il s'agit là des relations de personne à personne qui, d'après leur nature même, doivent être durables et que l'Etat auquel ces personnes appartiennent a tout intérêt à régler, tandis que le pays étranger où elles se trouvent momentanément y est absolument désintéressé. »

Il est bien entendu que lorsque nous proclamons l'incompétence de la loi territoriale, nous avons uniquement en vue les relations de famille ayant un caractère nettement privé, et qui ne touchent en aucune manière aux principes d'ordre public en vigueur dans un pays. Un état peut imposer à une famille étrangère l'observation de celles de ses lois qui ont pour objet le maintien du bon ordre et la sécurité des personnes et des biens. Ces lois, d'après le but que le législateur s'est proposé en les édictant, obligent tous ceux qui habitent le territoire sans distinction de nationalité.

Pourtant quelques mots d'explication sont nécessaires ici pour éviter les erreurs, que la méconnaissance du vrai caractère des lois qui ont trait à l'organisation de la famille dans un pays, fait commettre à plusieurs auteurs.

On a dit et avec raison que presque toutes les lois qui ont pour but d'organiser la famille et de déterminer les droits et les devoirs respectifs de ses membres ont un

1. *Internationales Privatrecht*, dans l'*Encyclopédie* de Holtzendorf, p. 746.

caractère strictement obligatoire, c'est-à-dire qu'il est défendu aux particuliers d'y changer quoi que ce soit au moyen de conventions privées (1).

Mais, au point de vue de leur application aux étrangers, les lois de cette espèce doivent être divisées en deux catégories.

Si elles ont pour but de protéger la morale publique, l'ordre public et les bonnes mœurs, il ne faut pas hésiter à les déclarer obligatoires même à l'égard des étrangers. Il nous est impossible d'énumérer d'avance les dispositions qui présentent ce caractère ; c'est une question des plus compliquées et toute formule qu'on essayerait de donner se trouverait forcément ou incomplète ou inexacte. Nous tâcherons plus tard, quand nous aurons passé à l'application de notre principe aux différents droits, dont la puissance paternelle se compose, d'indiquer au fur et à mesure qu'elles se présenteront les exceptions qu'il convient, au nom de l'ordre public, d'apporter à l'application de la loi personnelle.

Pourtant il n'est pas difficile de s'apercevoir dès à présent, que tout ce qui touche à l'organisation de la famille ne présente pas ce caractère. La plupart des dispositions légales qui y ont trait n'ont d'autre but que de pourvoir à la protection des intérêts privés des membres de la famille. Si le législateur ne permet aux particuliers d'y apporter aucune modification, c'est qu'il croit que par l'organisation qu'il a donnée à la famille, il a assuré la meilleure harmonie possible entre les intérêts particuliers

1. Savigny, t. VIII. p. 320, von Bar dans l'*Encyclopédie*, p. 446.

des individus et ceux de la société politique dont ces mêmes individus sont les membres. Ces lois ne doivent donc pas être étendues et appliquées aux personnes étrangères qui se trouvent d'une manière passagère sur le territoire de l'état (1).

Nous venons de proclamer la loi territoriale absolument incompétente pour régler les relations d'un enfant avec ses auteurs, nous restons donc en présence de deux autres lois : la loi du domicile d'un individu et celle de l'état dont il fait partie. C'est entre elles qu'il nous faut fixer notre choix.

D'abord l'argument le plus sérieux des partisans de la loi du domicile est certainement la tradition.

Mais cet argument perd beaucoup de son importance si l'on tient compte de ce fait, qu'à l'époque où la loi du domicile était généralement admise, c'était le seul moyen d'assurer quelque fixité dans les rapports de famille. Le lien que crée la nationalité n'était pas encore entièrement formé et il n'existait en quelque sorte qu'à l'état primitif; mais fût-il aussi puissant qu'il l'est à présent, il aurait été absolument insuffisant pour la solution des conflits des lois et coutumes en vigueur dans un même état, comme

1. Merlin confond les deux ordres publics (interne et international), lorsqu'il dit : « Les lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs obligent tous ceux qui habitent le territoire qu'elles régissent, et elles les obligent du moment qu'ils y mettent le pied. *Or, telle est, suivant les notions que nous ont transmises nos ancêtres, la loi qui soumet l'enfant à la puissance paternelle* » etc. Répert. *Puissance paternelle*, sect. I.

il l'est encore aujourd'hui dans les pays dont l'unité législative n'est pas réalisée.

Et pourtant même dans des conditions aussi favorables à l'admission de la loi du domicile, quelques auteurs, et des plus importants, frappés de ses grands inconvénients, avaient essayé d'y porter remède en s'attachant à la loi du domicile d'origine, qui, dans la plupart des cas, répond à la loi nationale d'aujourd'hui (1).

Un des auteurs les plus marquants qui se soient occupés des conflits de lois au dernier siècle, Boullenois, voulait que pour la détermination des rapports de l'enfant avec ses auteurs, on appliquât non la loi du domicile actuel mais celle de l'endroit où les parents de l'enfant se trouvaient établis lors de sa naissance (2).

De notre temps, Savigny, qui se prononce en général pour la loi du domicile actuel, dit que les contestations auxquelles la puissance paternelle pourrait donner lieu, devront être jugées « d'après la loi de la localité où le père avait son domicile lors de la naissance de l'enfant (3).

Aujourd'hui nous ne sommes plus contraints par la force même des choses à la loi du domicile. L'unité législative étant réalisée ou sur le point de l'être dans presque tous les pays civilisés, les conflits se produisent exclusivement entre les lois des états.

Nous avons donc le choix entre la loi du domicile et celle de la nationalité.

1. Voir Fiore, t. I, p. 74 et suiv., et surtout Lainé, t. II, p. 199 et suiv.

2. *Traité de la personnalité*, t. II, p. 35.

3. Savigny, t. VIII, p. 334.

La première raison qui nous fait préférer la loi nationale, est qu'elle assure beaucoup mieux la fixité et la stabilité dans l'état des personnes.

Le lien que crée la nationalité entre un individu et un état est certainement plus fixe et plus stable que celui qui résulte du domicile; il est aussi plus facile à déterminer.

Les changements, il est vrai, sont possibles dans les deux cas. Aujourd'hui on peut changer de nationalité aussi bien qu'on peut transférer son domicile d'un endroit dans un autre. La volonté de l'homme joue un rôle prépondérant dans les deux cas, on n'appartient pas à une nationalité malgré soi et l'on fixe son domicile où l'on veut. Mais la manifestation de la volonté de l'homme est beaucoup plus consciente, quand il s'agit de choisir un Etat dont on veut désormais faire partie en assumant toutes les charges qu'il impose à ses membres, que lorsqu'on établit son domicile dans un endroit. La naturalisation constitue un acte réfléchi de l'homme qui se choisit une patrie, acte entouré de conditions plus ou moins difficiles à accomplir, mais qui exigent toujours un certain temps, ce qui, tout en assurant une fixité relative, permet en même temps de constater facilement la nationalité. Le domicile résultant du simple fait matériel que le principal établissement d'un individu se trouve dans un endroit, n'est point ordinairement soumis à d'autres conditions; personne ne peut empêcher un homme de changer plusieurs fois de domicile dans une même année et, de fait, les changements en sont très fréquents. De plus il n'est pas toujours facile à déterminer ; il y a même des pays où l'on admet la possibilité de plusieurs domiciles. Il est vrai qu'il

n'y a rien d'impossible à ce qu'un individu soit considéré en même temps comme citoyen de deux ou plusieurs états différents, mais, par arrangements diplomatiques, on peut facilement éviter ces inconvénients.

Le changement de domicile peut même être un fait nécessaire à l'égard de certaines personnes, et tel est précisément le cas des enfants soumis à la puissance paternelle. Peut-on admettre que le père puisse, par son seul fait, modifier les droits que lui confère la puissance paternelle et aggraver la condition de l'enfant en transférant tout simplement son domicile dans un autre pays? Assurément non, et pourtant en admettant la loi du domicile on arrive à ce résultat.

Sans doute ces inconvénients ne sont pas complètement évités dans le système de la loi nationale; il y a des pays (et la France est de ce nombre depuis 1889) qui font produire à la naturalisation des effets collectifs. Mais ils sont considérablement diminués par le fait que les changements de nationalité ne dépendent pas seulement de la volonté du père et ne sont pas si facilement réalisables.

Jusqu'à présent nous avons considéré les deux systèmes au point de vue pratique, c'est-à-dire nous avons recherché lequel des deux assure le mieux la fixité et la stabilité si nécessaires en cette matière, et nous avons tâché de démontrer que la loi nationale satisfait beaucoup mieux à cette condition.

Maintenant nous allons passer en revue les titres que chacune des deux lois peut avoir à réglementer le rapport de famille que constitue la puissance paternelle.

L'organisation de la famille et des relations qui doi-

peut exister entre ses membres est essentiellement variable.

Chaque législateur en réglementant la famille doit tenir compte de l'état moral et social des individus en vue desquels il légifère, il doit prendre en considération leurs mœurs et leurs usages, leurs traditions, leurs préjugés même et en général tous les éléments qui constituent le caractère et le génie de son peuple. « En cette matière, dit M. Lainé (1), la loi de chaque pays peut être considérée comme la résultante des forces essentiellement nationales. Elle s'est formée sous l'influence du climat, des mœurs, de la religion du pays, eu égard aux qualités physiques, intellectuelles et morales des hommes qui l'habitent depuis longtemps. » Les lois civiles relatives à l'organisation de la famille sont donc faites en vue de certaines personnes dont le législateur connaît les mœurs et le caractère. Ces lois doivent les suivre en tout lieu et leur être appliquées, parce qu'elles s'adaptent mieux que toutes les autres à leur condition.

Une personne qui quitte sa patrie et va s'établir dans un autre pays ne se débarrasse point, par ce déplacement matériel, des qualités distinctives de sa race et n'acquiert encore moins celle des habitants de la contrée où elle se fixe. Ce qui convient à ces derniers, peut très bien ne pas lui convenir du tout, parce qu'elle se trouve dans des conditions différentes. Il est donc beaucoup plus rationnel d'admettre que l'organisation de sa famille sera régie par la loi de l'état auquel elle continue à se rattacher par la nationalité malgré son absence plus ou moins prolongée.

1. T. II. p. 214.

Il est vrai, que la nationalité acquise depuis la naissance n'agira plus sur l'état des personnes et leurs rapports de famille par des influence naturelles; à la réalité succèdera la fiction (1).

Fiction pour fiction, elle nous paraît beaucoup mieux justifiée dans le système de la loi nationale que dans celui du domicile. Pour être admis dans une nationalité nouvelle, on exige dans la plupart des cas un séjour plus ou moins prolongé dans le pays dont on désire devenir citoyen, ce qui suppose déjà une certaine assimilation aux mœurs de ses habitants, tandis que pour y fixer son domicile il suffit d'y transporter son principal établissement sans aucune condition de stage.

IV

La puissance paternelle doit donc dépendre de la loi nationale de la famille. Cette loi assure d'un côté la plus grande stabilité possible dans les rapports de famille, de l'autre elle s'adapte le mieux aux mœurs et au caractère des individus, dont il s'agit de régler les droits et les devoirs.

Cette loi de la famille (pour le moment nous supposons que tous ses membres appartiennent à la même nationalité) est celle du père, chef de la famille. Il transmet à ses enfants la nationalité et les caractères distinctifs de

1. Lainé, t. II, p. 115.

sa race. De même la famille, malgré son séjour à l'étranger, continue à relever de l'état dont son chef est sujet. Cet état est chargé de la protéger juridiquement, il est donc juste d'admettre que sa constitution doit toujours être régie par la loi de sa patrie.

Comme le dit M. von Bar (1), les lois ayant trait à l'organisation de la famille ont un but qui ne peut être atteint que si les ressortissants de l'état dont ces lois émanent y restent soumis malgré leur séjour à l'étranger. En sens inverse, ce même but n'exige point que les lois de cette espèce soient appliquées aux personnes qui ne sont en contact avec l'état dont ces lois sont l'œuvre, que d'une façon purement matérielle par leur séjour sur son territoire et sans qu'il existe, entre ces personnes et la souveraineté à laquelle le territoire est soumis, un lien plus constant résultant de la nationalité.

Nous consulterons uniquement la loi nationale de la famille pour savoir si un de ses membres est soumis à la puissance paternelle, ainsi que pour déterminer les personnes à qui est attribué l'exercice de cette autorité. Cette même loi nous indiquera également les événements qui y mettent fin.

Quant aux droits et devoirs qui découlent de la puissance paternelle, la même solution s'impose. Pourtant quelques mots d'explication sont nécessaires.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, ces droits sont de deux espèces, ils portent ou sur la personne ou sur les biens de l'enfant.

1. T. I, p. 119.

Les premiers ont pour but de permettre aux parents l'accomplissement des devoirs que la loi leur impose à l'égard des enfants. Ils doivent les élever et les protéger jusqu'à ce qu'ils soient en état de se suffire à eux-mêmes, et les droits qu'ils ont sur leur personne ne sont qu'un corollaire du devoir d'éducation qui leur incombe.

Relativement à cette espèce de droits tout le monde est d'accord pour admettre l'application de la loi personnelle. Cette opinion était professée par les auteurs statutaires de l'ancien droit et personne ne la conteste aujourd'hui, parce qu'il s'agit ici, comme on l'a très bien dit, « de rapports tellement personnels qu'ils doivent être partout les mêmes et qui ne peuvent se modifier sous l'influence des circonstances accidentelles, et qui correspondent à ce qu'il y a de plus intime dans les mœurs et le caractère de chaque peuple » (1).

En ce qui concerne les effets réels de la puissance paternelle, la discussion qui existait dans l'ancien droit est loin d'être close. Nous nous proposons de traiter cette question à la fin de ce travail d'une façon détaillée, pour le moment nous pouvons dire que nous ne voyons pas de raison pour soumettre les effets réels de la puissance paternelle à une autre loi que celle qui régit les droits qu'elle confère sur la personne. Les uns et les autres ont absolument le même but : protection des êtres incapables. Les premiers s'occupent des intérêts moraux de l'enfant, tandis que les seconds ont en vue ses intérêts

1. Note de M. Renault à l'arrêt de la Cour de Cass. du 14 mars 1877, Sirey, 1878, 1, 25.

matériels, mais à part cela il n'y a pas de différence de nature entre les deux espèces de droits; aussi l'opinion qui leur applique la même loi est aujourd'hui admise par la grande majorité des auteurs, et ce n'est que dans les pays régis par le *Common Law* que la territorialité triomphe (1).

Jusqu'à présent nous avons supposé que les personnes engagées dans les rapports de puissance paternelle, appartenaient à la même nationalité et avaient par conséquent la même loi personnelle.

Mais l'unité de la famille à ce point de vue peut être rompue ; il se peut, et cela arrive en pratique, que les parents et les enfants soient des sujets d'états différents et n'aient pas la même nationalité. Le cas le plus fréquent est le suivant: un état, tout en attribuant à la naturalisation d'un chef de famille étranger des effets collectifs, c'est-à-dire en l'étendant à ses enfants mineurs,

1. Laurent, *Principe de droit civil*, t. 1, p. 145, n. 96, le même, *Droit civil intern.;* t. VI, n. 21, Savigny, VIII, p. 334, Asser et Rivière, *Élément de droit inernat. privé*, p. 125; Fiore, t. I, p. 12C. t. II, p. 132, Weiss, *Traité élémentaire de droit intern. privé*, p. 372 et 374. Rougelot de Lioncourt, *Du conflit des lois personnelles françaises et étrangères*, p. 254. Despagnet. *Précis de droit internat. privé*, 604, 606, Surville, *Cours élémentaire de droit internat. privé*, 318, von Bar, 552, 556 et suiv. Vesque von Püttlingen. *Handbuch des in Œstereich-Ungarn getenden intern. Privatrechs*, 277, Unger. *System des œsterichischen allgemeinen Privatrechs*, t. I, p. 195, Renault dans Sirey, 1878, 1, 25. Pour l'*Angleterre*. Westlake (*Lehrbuch des intern. Privatrechts*), ch. 3, § 4 et suiv. Calvo, t. II, 305, Westlake. *Revue de droit internat.*, t. XIII, p. 435 et suiv.

ne reconnaît point le même caractère à la naturalisation acquise en pays étranger par un de ses nationaux, et continue à considérer ses enfants comme ses propres sujets.

La loi nationale de la famille varie dans ces conditions, selon qu'on l'envisage dans la personne de l'enfant ou celle du père, et la question est de savoir laquelle des deux lois doit prévaloir et régir la puissance paternelle.

Il s'agit ici d'un conflit *sui generis:* il reste acquis que la puissance paternelle forme un statut personnel, la loi territoriale n'est plus en question, la lutte est limitée entre deux lois personnelles.

Dans ces espèces de conflits il faut avant tout analyser la nature intime du rapport de droit en question, examiner le but que le législateur a poursuivi en l'établissant, ainsi que les besoins auxquels il se proposait de donner satisfaction, et les trancher uniquement d'après ces considérations.

Nous avons déjà constaté que dans le droit moderne, la puissance paternelle existe et est organisée dans l'intérêt exclusif de l'enfant; il s'agit bien moins de droits pour celui qui l'exerce que de devoirs de protection imposés dans l'intérêt de ceux qui en sont l'objet.

La loi nationale de l'enfant tient compte de ses mœurs et de son caractère, de la plus ou moins grande rapidité de son développement physique et intellectuel, elle nous paraît donc beaucoup plus compétente pour déterminer les mesures propres à assurer sa protection au mieux de ses intérêts ; aussi croyons-nous avec la majorité des auteurs modernes, qu'en cas de conflit entre le statut personnel

du père et celui de l'enfant, il faut donner la préférence à la loi nationale de ce dernier (1).

Il ne nous reste pour finir ce chapitre qu'à examiner le cas où le père et l'enfant en changeant de nationalité, se trouvent tous les deux soumis à une loi nouvelle.

Quelques auteurs (2) ont prétendu que ce changement ne doit produire aucun effet en ce qui concerne les droits de famille résultant de la puissance paternelle ; ils continueraient donc à être gouvernés par la loi de l'état dont le père était citoyen à l'époque de la naissance de l'enfant.

D'autres (3) admettent bien que les rapports purement personnels doivent se ressentir du changement de nationalité, mais en ce qui concerne les droits du père sur les biens de l'enfant, il faut, d'après eux, s'attacher exclusivement à la loi nationale de la famille à l'époque de l'acquisition de ces biens sans s'occuper d'événements ultérieurs.

Nous ne pouvons admettre ni l'une ni l'autre de ces opinions pour des raisons que nous allons exposer.

Si nous ne nous trompons pas c'est Boullenois qui les

1. Laurent, *Droit civ. int.* t. VI. n. 21, Rougelot de Lioncourt, 266 et suiv. Weiss, p. 576. von Bar, t. I, p. 532, 533, Renault, Sirey, 1878 ; 125, Vesque von Püttlingen, p. 245 et 254. Brocher, *Cours de droit intern. privé*, t. I, p. 332, n. 108. Durand, *Essai de droit intern. privé* p. 355.

2. Fiore, II, p. 123, 123, 133. Savigny, t. VIII, p. 334 (cet auteur applique pourtant aux effets réels de la puissance paternelle la loi du domicile actuel du père).

3. von Bar, t. I, p. 552, 553.

a émises le premier dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*. Comme nous l'avons dit plus haut, il cherchait à éviter les inconvénients qui résultaient du système de la loi du domicile actuel, en décidant que les changements de domicile du père ne devaient exercer aucune influence sur la puissance paternelle et les droits qui en provenaient. En fait, la situation de l'enfant dans l'ancien droit était bien précaire; le père en transférant son domicile d'un pays de coutume dans une province régie par le droit écrit pouvait modifier complètement sa condition. Mais malgré cela l'opinion de Boullenois était loin d'être acceptée, elle était même irréalisable (1).

Aujourd'hui que la loi nationale est définitivement triomphante, elle est absolument inadmissible.

Au point de vue juridique, une personne qui change de nationalité se trouve à l'égard des personnes qui sont en rapport de droit avec elle, dans les mêmes conditions que lorsque dans l'intérieur d'un pays une nouvelle loi vient modifier l'état des choses existant. Les principes de droit commandent le respect le plus absolu des droits acquis conformément à la loi nationale, et une personne qui, par l'effet de sa naturalisation, se trouve actuellement soumise à un statut personnel différent, sera malvenue à en contester la validité.

Pouvons-nous admettre que l'enfant puisse prétendre qu'il a acquis le droit d'être protégé par une loi plutôt que par une autre? Assurément non. Son droit essentiel et incontestable est d'être protégé ; quant à la manière

1. Lainé, t. I, p. 215, 216.

dont cette protection doit être assurée, la loi nationale actuelle est seule compétente pour le déterminer.

Si l'on s'attachait à la loi d'origine, on arriverait à des situations vraiment bizarres qui prouvent par elles-mêmes que le système où il y a possibilité qu'elles se produisent est faux et inexact. Nous verrions notamment une famille naturalisée dans un pays par un séjour prolongé et y résidant actuellement, soumise, quant aux rapports entre ses membres, à la loi de sa patrie d'origine avec laquelle elle a rompu toute relation depuis de nombreuses années. Il se pourrait également qu'en vertu de cette théorie, un enfant sorte de la puissance paternelle par un événement que sa nouvelle loi ne reconnaît point. Nous ne pensons pas que ceux qui admettent cette opinion soient prêts à souscrire à toutes les conséquences qu'on a le droit d'en tirer.

CHAPITRE II

DU STATUT DE LA PUISSANCE PATERNELLE D'APRÈS LE CODE CIVIL.

I

Nous venons d'étudier les conflits de lois qui peuvent se présenter en matière de puissance paternelle au point de vue purement théorique, et sans nous préoccuper des dispositions contenues sur ce sujet dans le Code civil. Il nous reste maintenant à exposer les solutions que la législation et la jurisprudence en France donnent à ces questions.

Pour le moment nous considérerons la puissance paternelle comme un ensemble, c'est-à-dire comme une institution juridique composée de différents droits et devoirs, et nous tâcherons de désigner la loi qui, d'après les principes consacrés par le droit positif, doit la régir. Dans la seconde partie de cette étude, quand nous aurons passé à l'examen détaillé de ses effets, nous indiquerons les exceptions qui doivent y être apportées et exposerons les raisons qui les motivent.

Dans le chapitre précédent nous avons bien pu négliger de discuter la question de savoir si la jouissance de la puissance paternelle doit être reconnue aux étrangers, l'égalité du citoyen et de l'étranger au point de vue des droits privés étant un des principes fondamentaux du

droit international privé. Un principe de droit supérieur s'oppose à toute distinction entre les nationaux et ceux qui ne le sont pas; l'individu a le droit au libre développement de sa personnalité civile et physique sans aucune considération de territoire et de nationalité.

Mais ici nous nous trouvons en présence d'une législation qui est loin d'avoir admis cette égalité, et qui contient encore quelques dispositions, dont l'origine féodale nous paraît une raison suffisante pour les condamner comme contraires à nos idées modernes.

Avant donc de déterminer la loi qui gouverne en cas de conflit un rapport de droit, il est indispensable de savoir si le conflit est de nature à s'y présenter, c'est-à-dire si l'étranger est admis à invoquer à son profit le droit dont il s'agit.

Dans le système qui semble prévaloir en jurisprudence, le législateur français a conservé dans l'article 11 du Code civil, l'ancienne distinction de tous les droits civils en facultés du droit naturel et celles qu'on peut considérer comme une création de la loi positive. Les premières appartiennent aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux même en absence de tout traité diplomatique; la jouissance des facultés du droit civil, dans le sens strict du mot, est réservée aux sujets français; un traité peut seul autoriser les étrangers à en invoquer le bénéfice.

Nous sommes loin d'approuver le système de la jurisprudence française, et nous pensons que l'article 11 du Code civil se prête facilement à une autre interprétation, beaucoup plus conforme aux idées actuellement en vigueur sur les rapports internationaux. Nous croyons

notamment, que toutes les lois relatives à la puissance paternelle ayant pour but la protection des incapables, il n'y a point de motif à faire en cette matière aucune distinction entre les étrangers et les regnicoles. Les uns aussi bien que les autres ont également besoin et même ont le droit d'être protégés, et il serait certainement inhumain de contester aux premiers ce droit, sous prétexte qu'ils ne sont pas les sujets du pays.

Mais, comme nous disions tout à l'heure, d'après le système admis par la jurisprudence et qui trouve, même dans la doctrine, des défenseurs autorisés, tous les droits qu'un homme peut exercer sont divisés en deux groupes, en droits naturels et droits civils. La question est de savoir dans laquelle de ces deux catégories il convient de placer la puissance paternelle.

Faut-il la considérer comme une institution dérivant de la nature même, et comme telle, accessible aux étrangers, ou au contraire ne convient-il pas d'y voir une création plus ou moins arbitraire de la loi civile, dont la jouissance est réservée aux sujets de l'État.

Aucun doute n'est permis à cet égard. Nous nous sommes suffisamment expliqué sur ce point au début de ce travail, pour que nous n'ayons pas besoin d'y revenir encore une fois. La puissance paternelle, avons-nous démontré, est un droit dérivant de la nature même. Il s'agit tout simplement de la protection des êtres faibles et incapables de se suffire à eux-mêmes, et il est impossible de voir dans cette protection une création du législateur civil.

Dans l'ancien droit on considérait la puissance pater-

nelle comme une faculté du droit naturel (1), et la jurisprudence actuelle admet bien qu'un père étranger en est investi en France, même en dehors de tout traité (2). Les décisions des tribunaux sont assez rares sur ce point, et nous ne savons pas s'ils admettraient un père étranger à la jouissance de tous les attributs de la puissance paternelle; mais quelques auteurs qui acceptent le système de la jurisprudence sur la condition des étrangers en France font une sous-distinction.

Ils reconnaissent « en principe » aux étrangers la jouissance de la puissance paternelle, mais « dépouillée des attributions spéciales de la loi française (3). »

Mais tandis que les uns (4) considèrent comme attributions spéciales de la loi française et le droit de correction et l'usufruit légal, les autres (5) refusent aux étrangers seulement ce dernier droit.

Cette distinction nous paraît absolument arbitraire. Scinder la puissance paternelle et considérer certains de ses effets comme droits naturels parce qu'ils sont « une conséquence nécessaire des devoirs que la nature impose aux père et mère » (6), et attribuer aux autres le caractère

1. Boullenois, *Dissertation, Vingtième question*, p. 411. *Traité de la personnalité des lois*, T. II, p. 32.

2. Cass. 17 février 1875. *Journal du Palais*, 1875, p. 488. Cour Paris 2 août 1872. *Journ. du droit int. privé*, 1874, p. 32. Weiss, p. 575.

3. Demante. *Cours analitique de Code civil*, t. I, p. 93.

4. Demante, t. I, p. 93, note 1.

5. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. I, p. 303 et note 60 à la même page.

6. Aubry et Rau, t. I, p. 302.

de droits civils « parce qu'ils ne sont pas une conséquence des devoirs que la nature impose à la paternité » (1) est absolument inadmissible.

Nous croyons qu'il est possible, même dans le système de la jurisprudence, de reconnaître aux étrangers la jouissance de tous les attributs de l'autorité paternelle. Car au fond, comment distinguer les effets de la puissance paternelle qui sont une conséquence nécessaire des devoirs que la nature impose de ceux qui ne le sont pas. Ce que nous voyons de fondé sur la nature, c'est le droit de l'enfant d'être protégé ; la manière dont cette protection doit être organisée, les droits qu'elle confère et les devoirs qu'elle impose, chaque législateur le détermine en prenant en considération les mœurs et le degré de civilisation de ses sujets, et il est absolument impossible de dire que tel législateur se rapproche mieux de la nature que tel autre, la nature elle-même étant chose variable d'un pays à l'autre.

En ce qui concerne le droit de correction, nous ne voyons pas de motif pour le refuser à un père étranger. Ce droit est une conséquence naturelle des devoirs de protection imposés au père de famille, pour mener à bonne fin l'éducation de l'enfant. Il n'y a là rien d'artificiel et spécial à un pays déterminé. Si l'on reconnaît qu'un père étranger est investi en France de la puissance paternelle, il faut lui accorder certainement les moyens de s'acquitter, au mieux des intérêts de l'enfant, de la mission dont la loi le charge.

1. Aubry et Rau, t. I, p. 303 et note 60.

Quant au droit de jouissance légale, on prétend aussi que c'est un droit civil réservé aux Français. Nous ne le pensons pas.

Nous avons déjà dit que, si la loi accorde quelquefois des droits de jouissance aux parents de l'enfant sur les biens de ce dernier, elle ne les considère point comme une faveur créée dans l'intérêt des parents. Elle le fait uniquement dans l'intérêt de l'enfant, croyant que l'administration de son patrimoine sera mieux faite si l'on y intéresse les administrateurs par une récompense pécuniaire.

Ce droit de jouissance est conçu dans un but de protection et comme tel doit être déclaré une faculté du droit naturel. On objecte et on dit que le droit d'usufruit « n'est pas admis d'une manière tellement universelle, qu'il puisse être considéré comme un droit naturel. » De ce que l'usufruit légal ne se retrouve pas dans toutes les législations (1), il ne s'ensuit pas que ce soit une création arbitraire de la loi civile. Tout ce que l'on peut dire, c'est que dans certains pays on a cru nécessaire, pour assurer la bonne gestion des biens des enfants d'y intéresser leurs parents, tandis que dans les autres on a pensé pouvoir s'en remettre à leur affection.

Nous croyons donc qu'il est possible dans l'état actuel de la législation française de soutenir :

1). Que la puissance paternelle, étant un droit dérivant de la nature, la jouissance en doit être accordée aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux.

1. Pourtant on peut dire qu'il forme le droit commun du monde civilisé, les pays qui l'admettent étant beaucoup plus nombreux que ceux où il n'existe pas.

2). Qu'il n'y a pas lieu de faire de distinction entre ses différents attributs, et d'en accorder un certain nombre aux étrangers en leur refusant les autres. Tous les droits et devoirs dont elle se compose doivent être considérés comme droits naturels, et comme tels sont accessibles aux étrangers.

II

Nous avons démontré que d'après le Code civil, les étrangers sont admis à la jouissance de tous les droits qui résultent de la puissance paternelle. Cette question préliminaire une fois résolue, il faut voir à présent quelle est la loi qui en cas de conflit doit l'emporter et être appliquée; en d'autres termes il s'agit de déterminer le statut de la puissance paternelle.

La puissance paternelle forme dans l'homme un état, une condition (1). Les personnes qui y sont soumises et celles qui l'exercent se trouvent les unes à l'égard des autres dans les rapports de parenté. Les premières possèdent l'état ou la qualité d'enfants légitimes ou naturels, les secondes ceux de pères ou mères légitimes ou naturels. La puissance paternelle n'est autre chose que les droits et les devoirs que la loi a cru devoir attacher à ces qualités; elle est donc la suite et la conséquence nécessaire de l'état des personnes (2).

Nous avons dans le Code civil une règle précise, à

1. Boullenois, *Traité*, I, p. 68.
2. Lainé, t. II, p. 115.

laquelle nous nous attacherons pour la solution de tous les conflits auxquels la puissance paternelle pourrait donner lieu. C'est l'alinéa 3 de l'article 3, qui dit que : « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. »

Quant aux étrangers séjournant en France, il est généralement admis dans la doctrine et dans la jurisprudence, qu'ils restent sous l'empire de leur loi nationale pour toutes les questions d'état et de capacité.

Comme l'état des personnes est inséparable de leur condition juridique, (1), il y a lieu de décider que la loi qui doit les régir doit être la même. Le Code civil en disposant que l'état des personnes relève de leur loi nationale, soumet par là à cette même législation tous les droits et devoirs qui y sont attachés. La puissance paternelle, n'étant qu'un ensemble de droits et devoirs inhérents à l'état de père légitime ou naturel, et à celui de fils légitime ou naturel, forme un statut personnel et dépend comme tel de la loi du pays auquel un individu appartient par sa nationalité.

Les tribunaux français ont eu à se prononcer plusieurs fois sur la question, et ils ont toujours admis la personnalité du statut de la puissance paternelle (2).

Nous sommes d'accord avec la jurisprudence sur ce point, et nous l'approuvons complètement lorsqu'elle ne

1. Lainé, t. II, p. 138, Fiore, t. I, p. 90.

2. Cass., 14 mars 1877, Sirey, 1878, 1, 25, note de M. Renault, Cour Paris, 2 août 1872, *Journ. du droit intern. privé*, 1874, p. 32.

fait point de distinction entre les effets personnels de la puissance paternelle et ceux qui portent sur les biens. Nous pensons que le texte de la loi, aussi bien que la tradition, autorisent cette interprétation de l'article 3 du Code civil, et nous tâcherons de le prouver dans le dernier chapitre de ce travail où nous traiterons des effets réels de la puissance paternelle.

Mais si la jurisprudence française applique la loi nationale à tous les effets de la puissance paternelle, elle y apporte des restrictions, conformément à son système qui veut que la loi étrangère soit toujours écartée, lorsque son application est de nature à porter préjudice à un intérêt français.

La question se présente quand il y a conflit entre deux lois personnelles, c'est-à-dire dans le cas où l'enfant et celui sous la puissance duquel il se trouve n'ont pas la même nationalité, mais l'un d'eux est Français.

Nous avons dit d'après quels principes il convient de résoudre le conflit de deux statuts personnels; les tribunaux français ont mis ces principes complètement de côté et ont écarté la loi nationale de l'enfant, sous prétexte qu' « elle blessait les principes que la loi française considère comme fondamentaux pour la famille et comme étant la conséquence nécessaire de la puissance paternelle » (1).

Ceci tendrait à faire croire que les principes d'ordre public et les droits de l'état français, s'opposent à l'admission d'une loi étrangère qui contiennent des dispositions

1. Cass., 13 janvier 1873. Dalloz, 1, 297.

différentes sur la puissance paternelle. Dans deux autres décisions des tribunaux français, nous retrouvons à peu près les mêmes motifs (1). Mais il n'est pas difficile de constater que ces considérations tirées de l'ordre public et de la souveraineté nationale, ne sont pour les juges français qu'un simple prétexte.

Dans toutes ces affaires il s'agissait d'une mère française qui réclamait la tutelle légale et la jouissance des biens de ses enfants de nationalité étrangère, dont la loi personnelle n'admettait ni l'une ni l'autre. Comme dans le système de la jurisprudence française on ne doit jamais appliquer une loi étrangère lorsqu'elle lèse un intérêt français, la loi nationale de l'enfant a été écartée. Seulement on a essayé de donner à cette dérogation au principe de la personnalité du statut de la puissance paternelle, des raisons d'un ordre plus élevé que celles tirées de la lésion d'un intérêt particulier français. Car il est de toute évidence que l'intérêt général et les droits de la souveraineté ne sont nullement intéressés dans la question. On ne voit pas « l'atteinte qui sera portée à l'ordre public et au régime de la propriété en France, parce qu'une mère n'y jouira pas de la tutelle et de l'usufruit légal sur les biens de ses enfants mineurs étrangers, si du reste, leur personne est suffisamment protégée et leurs biens convenablement administrés » (2).

Une seule fois la question du conflit de deux statuts

1. Cour Bourges, 4 août 1874, Sirey, 1875, 2, 69. Tribunal Seine, 5 avril 1884, *Journal du droit intern. privé*, 1884, p. 521.

2. De Lioncourt, p. 258.

personnels a été abordée de front par la Cour de Cassation. Elle a été résolue en faveur de la loi de celui qui exerce la puissance paternelle. Nous parlerons de cet arrêt de la Cour à la fin de cette étude.

III

Nous pouvons dire que dans la plupart des pays continentaux on donne aux conflits que nous traitons ici la même solution qu'en France (1).

Mais la législation anglo-américaine diffère profondément sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, de ce qui est admis sur le continent.

Dans les pays régis par le *Common Law* (2) on soumet le mineur étranger à la loi territoriale pour tout ce qui concerne la protection de sa personne et de ses biens ; la puissance paternelle y est considérée comme un statut réel. Seulement il est impossible de pousser ici ce principe aussi loin qu'en matière de tutelle. On peut bien refuser en Angleterre à un tuteur étranger tout pouvoir sur la personne et les biens du pupille, tant qu'il n'a pas été confirmé par la Cour de Chancellerie; mais il est im-

1. Voir pour l'*Autriche*, Unger, t. I, p. 195 et suiv. Vesque von Püttlingen, p. 244 et suiv. ; pour l'*Allemagne*, von Bar, t. I p. 532 et suiv., Savigny, t. VIII, p. 334, pour l'*Italie*, Esperson. *Le droit international privé dans la législation italienne*, seconde partie p. 43, n. 25 ; Fiore, t. II, p. 116 et suiv.

2. Westlake. *Lehrbuch des internationalen Privarechts* (édition allemande par Holtzendorff), p. 52, § 8.

possible de contester aux père et mère étrangers leur qualité qui dérive de la nature même.

Aussi la doctrine anglaise admet bien la loi du domicile quand il s'agit de savoir si une personne est soumise à la puissance paternelle ou non. Mais c'est là toute la concession qu'elle fait à la personnalité, et pour tout ce qui concerne la détermination des droits et devoirs qui résultent de l'autorité paternelle, elle applique uniquement la loi anglaise.

Cette doctrine se trouve bien résumée dans les observations du Lord Chancelier Cottentham. « On a avancé, dit-il, que la Cour doit reconnaître l'autorité d'un tuteur étranger, parce qu'elle reconnaît l'autorité du père d'un enfant étranger. Cet exemple prouve directement le contraire; car bien qu'il soit vrai que l'autorité paternelle sur cet enfant est reconnue, *l'autorité reconnue est seulement celle qui existe en vertu de la loi anglaise*. Si en vertu de la loi du pays auquel les parties appartiendraient la puissance paternelle était bien plus étendue et arbitraire que dans notre pays, suppose-t-on qu'il serait permis à un père d'outrepasser ici les limites de l'autorité qu'accorde la loi de notre pays. C'est la loi de notre pays qui règle donc l'autorité du père d'un enfant étranger résidant en Angleterre et non la loi du pays auquel l'enfant appartient » (1).

1. Calvo, t. II, p. 305.

DEUXIÈME PARTIE

Application des principes.

Les résultats auxquels nous sommes arrivés dans la partie précédente peuvent se résumer en quatre règles suivantes :

1) Les étrangers aussi bien que les nationaux sont admis à la jouissance de la puissance paternelle et des droits qui en découlent.

2) La puissance paternelle étant un effet, une suite nécessaire de l'état des personnes doit dépendre de la loi nationale de la famille.

3) Si le père et l'enfant n'appartiennent pas à la même nationalité, c'est la loi personnelle du dernier qui doit prévaloir.

4) Il n'est permis de déroger à ces règles que dans les cas où l'ordre public en vigueur dans un pays l'exige.

Nous allons essayer à présent de faire l'application de ces règles aux différentes situations qui sont de nature à se présenter en la matière.

Cette seconde partie sera divisée en trois chapitres.

Le premier sera consacré à l'examen des conflits qui s'élèvent lorsqu'il s'agit de savoir si une personne est soumise à la puissance paternelle et à qui il faut en attribuer l'exercice. Nous y comprendrons également l'étude

des événements qui mettent fin à la puissance, soit d'une manière régulière, soit exceptionnellement.

L'étude des effets personnels de la puissance paternelle fera l'objet du second chapitre.

Le troisième et dernier s'occupera des droits que la puissance paternelle confère sur les biens de l'enfant (droits d'administration et de jouissance légales).

CHAPITRE PREMIER

DES PERSONNES SOUMISES A LA PUISSANCE PATERNELLE, DE CELLES QUI SONT APPELÉES A L'EXERCER ET DES ÉVÉNEMENTS QUI Y METTENT FIN.

I

D'après le Code civil français les mineurs seuls qui ont encore leur père et mère vivants se trouvent soumis à la puissance paternelle. A la mort de l'un d'eux, il y a lieu à la tutelle qui existe alors simultanément avec la puissance paternelle dépouillée de quelques-uns de ses effets au profit de la tutelle.

L'exercice de l'autorité paternelle est attribué au père pendant le mariage, et ce n'est qu'à sa mort ou lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité morale ou physique de s'acquitter de sa mission, que la mère est appelée à le remplacer.

La majorité de l'enfant fixée à l'âge de 21 ans et l'émancipation, qui peut avoir lieu même avant cet âge, y mettent fin.

Le Code civil avait complètement négligé de déterminer les cas dans lesquels les parents pouvaient être déchus de l'autorité que la loi leur confère sur leurs enfants. La jurisprudence avait essayé de combler cette lacune en

empêchant les abus que les parents pouvaient y commettre.

Aujourd'hui nous possédons une loi complète sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. Cette loi organise la déchéance de la puissance paternelle en la déclarant obligatoire dans certains cas, (art. 1), laissant aux tribunaux la faculté de la prononcer dans les autres (art. 2).

En cas de divorce la garde des enfants est confiée à l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé, à moins que le tribunal dans l'intérêt de l'enfant n'en décide autrement.

D'après le nouveau Code civil *espagnol* l'enfant reste sous la puissance de son père et à son défaut sous celle de sa mère, jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Ce n'est qu'après la mort de ses deux auteurs qu'il y a lieu de lui donner un tuteur. La mère qui se remarie perd en principe la puissance paternelle, à moins que le père, par une clause testamentaire, n'en ait décidé autrement; mais à la mort de son nouvel époux, elle la recouvre.

La puissance paternelle espagnole cesse :

1) Par la mort du père, de la mère ou de l'enfant.

2) Par l'émancipation.

3) Par l'adoption qui fait sortir l'enfant de sa famille et le fait rentrer dans la famille de l'adoptant. Ce dernier acquiert sur lui la puissance paternelle.

Le Code civil espagnol fait résulter l'émancipation de trois événements :

1) Le mariage de l'enfant.

2) Sa majorité.

Donc on peut dire qu'actuellement en Espagne la majorité fait cesser la puissance paternelle, étant donné que la loi la considère comme un cas d'émancipation nécessaire, qu'il n'est pas au pouvoir des parents d'empêcher.

3) L'émancipation proprement dite, c'est-à-dire une concession du père ou de la mère qui exerce la puissance.

La déchéance de la puissance paternelle est également organisée par le nouveau code. Celui qui en est investi la perd : 1° en suite d'une condamnation criminelle à titre de peine ; 2° en suite d'un jugement en séparation de corps qui statue en ce sens. Enfin les parents peuvent en être temporairement privés par les tribunaux, lorsqu'ils traitent leurs enfants avec dureté ou lorsqu'ils leur donnent des ordres, des conseils ou des exemples corrupteurs.

La puissance paternelle est suspendue par le fait de l'interdiction ou de l'absence judiciairement déclarées.

En *Italie*, l'enfant reste sous la puissance paternelle aussi longtemps qu'il a un de ses auteurs en vie. Durant le mariage cette autorité est exercée par le père, en cas d'impossibilité par la mère ; après la dissolution du mariage par le conjoint survivant (art. 220).

Elle cesse par la majorité ou l'émancipation de l'enfant.

La loi italienne autorise le président du tribunal à ordonner l'éloignement de l'enfant de la maison paternelle lorsque de justes motifs rendent cet éloignement nécessaire (art. 221). Si le père ou la mère abusent de l'autorité paternelle, par la violation ou la négligence de leurs devoirs

ou par une mauvaise administration des biens de l'enfant, le tribunal pourra, sur la demande des parents ou du ministère public, nommer un tuteur à la personne de l'enfant ou un curateur à ses biens.

Dans les pays régis par le droit commun *allemand* (1) (nous avons dit que les codes particuliers en diffèrent peu sur ce point), l'enfant est soumis à la puissance paternelle pendant toute sa vie. Mais les événements qui y mettent fin sont tellement nombreux, que cette durée indéfinie de la puissance paternelle n'est au fond qu'un principe théorique sans aucune portée pratique.

D'abord l'enfant est absolument libre de rompre le lien qui l'unit à son père, en fondant un établissement séparé (*separatio economia*) ; la nomination de l'enfant à une fonction publique le fait sortir également de la puissance paternelle. Elle cesse à l'égard des filles par le mariage.

La puissance n'appartient qu'au père, à sa mort il y a lieu à la tutelle. Toutefois la mère, même pendant le mariage, a certains droits sur l'enfant relativement à son éducation.

Les enfants adoptifs tombent sous la puissance paternelle de l'adoptant, seulement dans le cas où c'est un ascendant qui les adopte (*vollkommene adoptio*) et en cas d'adrogation.

La déchéance, la restriction et la privation de la puissance paternelle sont prononcées dans des cas assez nombreux. Du reste, en Allemagne, le père de famille est loin

1. Dernbourg, *Pandekten*, t. III, p. 54 et suiv. Baron, *Pandekten* p. 591.

de jouir de la liberté complète qu'il possède en France quant à l'exercice de son droit de père. Il est placé sous le contrôle du tribunal tutélaire (*Vormundschaftsgericht*), qui a le droit d'intervenir pour empêcher tout usage abusif de l'autorité paternelle.

En *Angleterre* (1) la puissance paternelle appartient au père. Elle prend fin par la majorité de l'enfant, la loi anglaise ne connaît pas l'émancipation. Le Lord Chancelier qui est chargé plus spécialement de la protection des mineurs, peut, au nom du roi chef de toutes les familles, déléguer à un étranger l'autorité et les pouvoirs que le père se montre indigne de conserver (2).

II

Comme on l'a vu par le court exposé de législation comparée que nous venons de donner, les lois de différents états sont loin de contenir les mêmes dispositions sur ce point. Les unes font notamment durer la puissance paternelle (avec tous ses attributs) aussi longtemps que l'enfant a un de ses auteurs en vie, tandis que d'après les autres le décès de l'un deux donne ouverture à la tutelle. De même dans certains pays l'exercice de l'autorité paternelle est toujours réservé au père, la mère en est complètement exclue.

Supposons qu'un enfant espagnol réside en France

1. Lehr, *Éléments du droit civil anglais*, p. 117 et suiv.

2. Blackstone, *Commentaire sur les lois anglaises*, t. II, p. 105 et suiv.

avec ses parents et y perde sa mère. D'après sa loi personnelle il n'y a rien de changé dans sa condition, il continue comme par le passé, à rester sous la puissance de son père dont les droits ne subissent aucune modification. La loi française décide au contraire que dans ce cas l'enfant sera en tutelle, et défère au père survivant l'exercice de cette autorité. La loi personnelle de l'enfant et la loi territoriale sont donc en conflit et il s'agit de savoir laquelle des deux doit prévaloir?

Il se peut même qu'il y ait conflit sans que l'enfant quitte le sol de sa patrie; ce qui arrive dans le cas suivant. Un enfant de nationalité allemande possède des biens en France, il n'a plus que son père, qui, d'après sa loi personnelle, conserve la puissance paternelle et l'administration légale du patrimoine de l'enfant. D'après le Code civil l'administration légale cesse dès que l'un des auteurs de l'enfant est décédé. Faut-il considérer le mineur allemand, relativement aux biens situés sur le territoire français, comme soumis à la puissance paternelle et partant à l'administration légale, ou décider d'après la loi française?

Conformément au principe de la personnalité du statut de la puissance paternelle nous nous attacherons uniquement à la loi nationale de la famille dont l'enfant étranger fait partie, pour le règlement de toutes les questions qui se présentent ici. Cette loi nous dira d'abord si l'enfant est *sui juris* ou s'il se trouve sous l'autorité de ses parents; elle désignera également la personne à qui il convient d'attribuer l'exercice de la puissance paternelle et des droits qui y sont afférents.

L'ordre public international n'exige pas assurément qu'un enfant espagnol qui n'a plus que son père, soit en tutelle en France, parce que la loi française décide ainsi pour ses sujets et refuse tout effet aux conventions qui y dérogent (art. 6). Cette disposition du Code civil est bien d'ordre public, mais seulement d'ordre public interne ou relatif ; elle ne s'applique donc qu'aux nationaux et ceux-ci n'y échappent pas, quel que soit l'endroit où ils se trouvent.

Nous avons deux décisions des tribunaux français qui semblent admettre ici l'application de la loi personnelle (1).

La question s'est présentée d'une façon plus directe devant la Cour de Bruxelles, qui s'est prononcée à cette occasion en faveur de la loi nationale de la famille étrangère (2). L'affaire dont cette Cour a eu à s'occuper est très intéressante et mérite d'être rapportée.

Un Espagnol avait épousé une femme de nationalité belge et les époux résidaient en Belgique lorsque la femme mourut. Le mari provoqua, en sa qualité de tuteur légal de sa fille mineure, la réunion d'un conseil de famille qui procéda à la nomination d'un subrogé-tuteur. La tutelle ainsi constituée avait fonctionné pendant plusieurs années, quand le père se ravisa et assigna les membres du conseil de famille devant le tribunal de Bruxelles, pour faire prononcer la nullité de la tutelle. Il se

1. Cour Paris, 2 août 1872. *Journal du droit intern. privé*, 1874, p. 32. Cass. 14 mars 1877, Sirey 1878, 1, 25.

2. Cour Bruxelles, 29 juillet 1865, *Pasicrisie belge*, 1866, II, 57.

fondait dans sa prétention sur la loi espagnole (sous l'empire de laquelle il se trouvait avec sa fille mineure), qui n'autorise la constitution de la tutelle que dans les cas où l'enfant a perdu son père et sa mère.

Le tribunal de Bruxelles rejeta sa demande sous prétexte qu'en se prêtant à la convocation du conseil de famille et à la nomination du subrogé-tuteur, en les provoquant même, le père espagnol avait renoncé à se prévaloir des droits qu'il tenait de sa loi nationale. Sur l'appel interjeté par le père, la Cour de Bruxelles infirma le jugement du tribunal de première instance, en déclarant que la qualité de père et d'administrateur légal relèvent uniquement de la loi de celui qui en est investi et qu'en conséquence c'est la loi espagnole qui devait être prise en considération. Quant aux arguments tirés de la prétendue renonciation que le père aurait faite à ses droits en s'associant aux actes de la tutelle, la Cour les déclare sans valeur, le père n'ayant pas pu renoncer à une qualité imposée par une loi d'ordre public.

Nous avons déjà dit que la doctrine anglaise, à l'encontre de ce qui est admis sur le continent, fait régir les rapports des enfants étrangers avec leurs auteurs par la loi anglaise. Mais quand il s'agit de savoir si un enfant étranger est soumis à la puissance paternelle il semble que la jurisprudence anglaise permette de consulter la loi de son domicile, seulement la condition de l'enfant une fois déterminée, la loi anglaise est seule compétente pour mesurer l'étendue des droits conférés au père sur la personne et les biens de l'enfant étranger.

Si l'enfant et les parents n'ont pas la même nationalité et sont régis par des lois personnelles différentes, nous consulterons, conformément à ce que nous avons dit plus haut, la loi nationale de l'enfant pour savoir s'il est *sui juris* ou soumis à la puissance paternelle.

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit, en cas de différence de nationalité, de désigner la personne à laquelle sera attribué l'exercice de l'autorité paternelle.

On peut se demander s'il est permis de négliger et de mettre complètement de côté la loi du père ou de la mère.

La qualité de père (ou de mère) de famille investi de la puissance paternelle est sans doute un état de la personne qui produit des conséquences juridiques (des droits et devoirs y sont attachés), et constitue pour le père un statut personnel.

Or, le principe que l'état des personnes doit toujours être régi par leur loi nationale ne serait-il pas violé si on faisait complètement abstraction de la loi du père.

Plus haut nous nous sommes prononcé en faveur de la loi de l'état auquel l'enfant appartient, parce que nous ne prenions en considération qu'un seul côté de la question. Nous avons envisagé jusqu'à présent la puissance paternelle uniquement dans la personne de l'enfant, et nous avons vu que c'est une mesure de protection et de garde instituée à son profit. Mais il ne faut pas non plus oublier qu'elle constitue pour celui qui en est investi une charge, un devoir, une obligation ; la loi lui impose la mission d'élever l'enfant et de veiller à la conservation de ses intérêts matériels, en administrant son patrimoine. Sa loi

personnelle sachant mieux que toute autre s'il est capable de s'en acquitter, l'application simultanée des deux lois personnelles paraît donc nécessaire.

Un exemple pris dans la pratique fera mieux comprendre la difficulté. Supposons un enfant italien n'ayant plus que sa mère, qui est de nationalité allemande. D'après le Code civil italien, il reste sous la puissance paternelle dont l'exercice est accordé à la mère. Mais la loi personnelle de cette dernière ne lui reconnaît point le droit de l'exercer ; elle décide qu'en cas de mort du père il y a lieu à l'établissement d'une tutelle.

Comme on voit par cet exemple il y a une impossibilité matérielle à l'application simultanée de deux lois qui se contredisent. Il est donc nécessaire d'en sacrifier une.

Nous pensons que cela doit être celle de la mère. Les raisons qui nous font donner la préférence à la loi de l'enfant mineur sont les suivantes.

C'est, comme nous l'avons démontré, la loi de l'enfant mineur qui doit déterminer et régler les pouvoirs de celui qui exerce la puissance paternelle. L'étendue de ses droits varie selon le plus ou moins de capacité et d'intelligence que le législateur lui suppose. « Le choix de la personne apparaît comme intimement lié à la manière dont les fonctions sont définies, la même loi doit intervenir de part et d'autre » (1).

La loi italienne accorde à la mère la puissance paternelle et la charge d'administrer les biens de l'enfant précisément parce que les droits qu'elle lui donne à cet effet

1. Chavegrin, *op. cit.*

sont très limités, et la surveillance exercée par l'autorité judiciaire a paru au législateur italien une garantie suffisante contre l'inexpérience de la mère. En Allemagne, d'après le droit commun, les pouvoirs du père administrateur légal sont très étendus et ne sont soumis à aucun contrôle. Que dans ces conditions la loi allemande ait cru la mère incapable de les exercer, rien de plus naturel, étant donné qu'elle n'a eu presque pas d'occasion d'administrer sa propre fortune et d'acquérir l'expérience nécessaire à ces sortes d'affaires. Mais nous ne voyons pas de raison pour refuser à une femme allemande le droit d'administrer les biens de son enfant selon la loi italienne ; son inexpérience y est considérablement diminuée par l'obligation où elle se trouve, lorsqu'elle veut faire un acte sortant du cadre de l'administration ordinaire et journalière, de s'adresser aux tribunaux et de demander leur autorisation à y procéder.

En ce qui concerne les événements ordinaires qui font sortir l'enfant de la puissance paternelle, nous n'avons rien à dire, la question ne présentant aucune difficulté. La loi de l'enfant est seule compétente pour les déterminer. Aussi par exemple, un enfant anglais restera sous l'autorité de son père jusqu'à sa majorité sans que celui-ci puisse, même en France, y mettre fin par une émancipation, la loi anglaise n'admettant point ce mode d'extinction de la puissance paternelle. Même dans le cas où le père d'un enfant anglais serait de nationalité française la même solution devrait intervenir, parce que l'émancipation n'est point créée en faveur du père et pour lui

permettre de se débarrasser des charges qui résultent de la puissance paternelle.

Quant aux faits qui mettent fin à la puissance paternelle d'une manière accidentelle et exceptionnelle (déchéance et suspension) nous nous en occuperons dans le paragraphe suivant.

III

La puissance paternelle prend fin d'une manière régulière lorsque l'enfant, arrivé à un certain âge, n'a plus besoin de protection et peut se suffire à lui-même.

Mais il est possible, comme nous l'avons vu, que celui qui en est investi en soit dépouillé ou privé de quelques-uns de ses effets pendant la minorité de l'enfant. Dans ce cas il y a lieu à organiser autrement la protection de l'enfant mineur.

Les faits auxquels les lois attachent la déchéance, la suspension ou la restriction de l'autorité paternelle, ne sont pas les mêmes partout. Certaines législations sur lesquelles le droit romain a eu moins d'influence, se montrent plus sévères que celles, qui tout en considérant la puissance paternelle comme une mesure de protection pour les enfants, n'ont pas pu se débarrasser complètement de la conception romaine de la *patria potestas* (1).

1. Voir une très intéressante étude de M. Pradines sur les limites apportées à la puissance paternelle par les législations étrangères dans le *Bulletin de la Société de législ. comparée*, 1880, p. 113 et suiv.

Tel était précisément le cas de la législation française il n'y a pas bien longtemps encore.

Les conflits sont donc possibles quand il s'agit de déterminer les cas dans lesquels cette déchéance est encourue.

Les dispositions des lois qui prononcent la déchéance ou la restriction de l'autorité paternelle forment des statuts personnels et sont comme telles soumises à la loi nationale de la famille.

Il y a un lien étroit entre les droits et les devoirs du père et les causes de déchéance ou de restriction, il est donc impossible de les séparer et de les faire régir par des lois différentes. La loi personnelle du mineur règle les pouvoirs du père, elle seule doit décider s'il y a lieu de lui en enlever l'exercice.

Si le cas se présentait devant un tribunal français il devrait s'attacher à la loi nationale de la famille étrangère, et prononcer la déchéance ou ordonner la suspension de la puissance paternelle seulement dans les cas qui y sont prévus et autorisés.

Nous avons sur cette matière un arrêt de la Cour de Paris qui semble admettre la personnalité du statut de la déchéance de l'autorité paternelle (1).

Il s'agissait d'une jeune fille italienne, que ses parents voulaient, dans le but de la faire entrer dans un petit théâtre, enlever à des personnes honorables qui l'avaient recueillie. La Cour de Paris a repoussé leur prétention en se fondant sur l'article 221 du Code civil italien qui auto-

1. Pradines, p. 135. Cour Paris, 2 août 1872, *Journal du droit intern. privé*, 1874, p. 32.

rise le président du tribunal, lorsque de justes motifs rendent nécessaire l'éloignement de l'enfant de la maison paternelle, d'y pourvoir de la manière la plus convenable et sans motiver son ordonnance.

La déchéance ou la suspension une fois prononcée, il faut organiser la protection du mineur conformément à sa loi nationale. Si cette loi décide que l'exercice de la puissance paternelle passera à la mère, on observera ses prescriptions sur ce point ; de même que si le fait auquel la déchéance est attachée donne ouverture à la tutelle, celle-ci sera organisée conformément à la loi du mineur. Tout au plus peut-on reconnaître aux autorités françaises le droit d'ordonner des mesures d'urgence selon la loi française lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige.

Mais toute difficulté n'est pas encore écartée. Supposons un père français puni à l'étranger à raison d'un fait prévu par les articles 1 et 2 de la loi du 24 juillet 1889. Par application des mêmes articles le tribunal étranger l'a déclaré déchu de la puissance paternelle et des droits qui s'y rattachent et en a transmis l'exercice à la mère.

Le père français pourra très bien en rentrant en France méconnaître le jugement qui a prononcé sa déchéance, et reprendre l'exercice de l'autorité paternelle sur ses enfants et leurs biens, les décisions des tribunaux étrangers en matière pénale ne pouvant avoir aucune force exécutoire en France, sous peine de violation du principe de la souveraineté de chaque état indépendant. La déchéance prononcée par les juges étrangers est une suite, une conséquence d'une condamnation pénale, et comme telle ne saurait être exécutée sur le territoire français.

Nous ne voyons pas de solution à cette question aussi longtemps que le législateur français n'aura pas adopté une disposition semblable à l'article 8 du nouveau Code pénal Italien, par laquelle devraient être déterminés les effets civils (interdiction, incapacité, déchéance) des condamnations pénales dont les citoyens français ont été l'objet à l'étranger.

Si la loi territoriale est moins sévère que la loi personnelle aucune difficulté ne saurait se présenter. On appliquera la dernière comme la Cour de Paris l'a fait dans l'arrêt ci-dessus rapporté.

Mais il se peut que la *lex fori* prononce la déchéance (totale ou partielle peu importe) dans des cas où la loi de l'enfant n'apporte aucune modification à l'exercice de l'autorité paternelle.

Prenons un exemple. Le Code pénal belge a conservé, à ce qu'il paraît, l'article 335 du Code pénal français tel qu'il était avant que la loi de 1889 l'ait sensiblement modifié. Si un père belge se rend coupable en France des faits prévus et punis par cet article, faut-il en appliquant sa loi personnelle le déclarer déchu de la puissance paternelle seulement à l'égard de l'enfant prostitué, ou comme le veut la nouvelle loi française envers tous ses enfants?

En un mot il s'agit de savoir si les dispositions de la loi française de 1889 doivent être considérées comme étant d'ordre public international, et comme telles applicables à tous ceux qui habitent le territoire français sans distinction de nationalité.

Nous croyons que la loi de 1889 présente ce caractère.

Cette loi prévoit deux cas distincts :

Dans son article 1 elle déclare les parents déchus de plein droit et à l'égard de tous leurs enfants, de la puissance paternelle et de tous les droits qui s'y rattachent, lorsqu'ils ont été reconnus coupables de certains faits punis par le Code pénal et dont la loi donne l'énumération complète.

La perte de la puissance paternelle est dans ce cas une conséquence, une suite nécessaire d'une condamnation pénale avec qui elle fait corps, et dont il est impossible de la séparer.

Or, toutes les lois pénales, sans distinction aucune, obligent les étrangers dès qu'ils mettent le pied sur le territoire français. Les cas prévus par l'article 1 de la loi de 1889 présentent ce caractère et le juge français en fera l'application, le cas échéant, même à un étranger dont la loi personnelle serait différente.

Dans l'article 2 la loi laisse au juge la faculté de prononcer la déchéance, qui ne résulte plus ici de plein droit d'une condamnation pénale. Malgré la différence qui existe à ce point de vue entre les deux articles, nous pensons que l'article 2 aussi bien que l'article 1 est applicable aux étrangers.

Examinons les cas qu'il prévoit.

D'abord le juge est autorisé à prononcer la déchéance lorsque les parents ont encouru certaines condamnations criminelles ou correctionnelles. Au fond, la déchéance dans ces cas constitue une aggravation de la peine, et quoiqu'elle n'en résulte pas de plein droit, elle s'y rattache trop étroitement pour que l'on

ne puisse la considérer comme une mesure d'ordre public international.

Dans le dernier numéro de l'article 2 la loi donne au juge la faculté de prononcer la déchéance de la puissance paternelle en dehors de toute condamnation, si les père ou mère, « par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire ou scandaleuse, ou par de mauvais traitements, compromettent, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité des enfants ». L'intérêt de l'enfant, aussi bien que l'intérêt général, exigent que la protection de sa personne et l'administration de sa fortune soient enlevées aux parents qui s'en montrent indignes ou qui abusent de leurs droits. Or, le devoir du législateur est de protéger les mineurs étrangers aussi bien que ceux qui sont ses propres sujets. Il ne peut ni ne doit permettre que les parents étrangers, sous prétexte que leur loi ne le leur défend pas, commettent des actes qui sont de nature à compromettre la santé morale ou physique de leurs enfants. Le législateur français a le droit, et c'est même un devoir pour lui, d'intervenir et de faire cesser les abus dont les parents étrangers, grâce à l'imprévoyance de leur législation nationale, pourraient se rendre coupables.

Nous arrivons à cette conclusion que toutes les dispositions de la loi du 24 juillet 1889 qui prononcent la déchéance de l'autorité paternelle, intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs au plus haut point, et sont applicables aux étrangers séjournant en France, même à ceux qui ne s'y trouvent que d'une manière accidentelle.

Ceci est très facile à concilier avec la personnalité du

statut des lois qui prononcent la déchéance, l'opinion que nous avons soutenue tout à l'heure. Pour cela on n'a qu'à considérer la loi française comme constituant un minimum, au-dessous duquel le juge français ne saurait descendre, mais rien n'empêche ce même juge d'appliquer la loi personnelle des étrangers si elle est plus sévère.

Enfin pour finir la question de conflits en ce qui concerne la déchéance de la puissance paternelle, disons un mot sur une hypothèse qui ne saurait présenter aucune difficulté.

Si un père français a été déclaré déchu de la puissance paternelle par un jugement émanant d'un tribunal de son pays, la décision de la justice française produira tous ses effets, non seulement en France, mais même à l'étranger, indépendamment de tout *exequatur*.

C'est un principe universellement admis que, pour tout ce qui concerne l'état d'une personne régi par sa loi personnelle, « il n'y a point à distinguer s'il est affecté directement en vertu d'une disposition de la loi, ou seulement à la suite d'une déclaration judiciaire » (1).

Le père français sera donc immédiatement dessaisi de l'administration des biens que son enfant pourrait avoir à l'étranger, et la personne qui aura été chargée de la protection du mineur n'aura point besoin de rendre le jugement français exécutoire par les tribunaux du pays de la situation, pour pouvoir y prendre soin des intérêts du mineur.

1. Foelix et Demangeat. *Traité du droit international privé*. t. II. p. 316, note a.

CHAPITRE II

DES EFFETS PERSONNELS DE LA PUISSANCE PATERNELLE.[1]

Devoir d'éducation et droits de garde et de correction.

I

Nous connaissons à présent la solution qu'il faut donner aux conflits qui s'élèvent, quand il s'agit de savoir si un enfant est soumis à la puissance paternelle, ou de déterminer la personne à qui est attribué l'exercice de cette autorité.

Nous abordons maintenant l'étude de ses effets personnels, c'est-à-dire des droits qu'elle confère et des devoirs qu'elle impose aux parents, relativement à la personne même du mineur.

Il ne sera question dans ce travail que des droits et devoirs qui dérivent de la puissance paternelle dans le sens spécial et technique du mot, et auxquels le législateur français a consacré le titre IX du Code civil.

Tous les droits que la loi accorde aux parents sur la personne de leurs enfants n'ont d'autre but que de leur permettre l'accomplissement du devoir d'éducation, qui est la base et la raison d'être de l'autorité paternelle chez toutes les nations civilisées.

La loi qui leur impose ce devoir n'a rien d'arbitraire,

elle est fondée sur la nature et correspond aux sentiments les plus intimes de l'homme. Les parents, nous l'avons déjà dit, contractent, par le seul fait de la procréation, l'obligation d'élever l'enfant, de le diriger et de favoriser de la façon la plus convenable, le développement de ses facultés physiques, morales et intellectuelles.

Pour pouvoir s'acquitter de cette mission, dont le législateur aussi bien que la nature les charge dans l'intérêt de l'enfant, les parents doivent avoir des droits sur sa personne.

D'abord ils en ont la garde ; l'enfant est obligé de rester auprès d'eux ou dans l'endroit qu'ils lui désignent, jusqu'à sa majorité ou son émancipation ; ils sont même autorisés, le cas échéant, à avoir recours à la force publique pour faire respecter leur volonté sur ce point.

Ce droit de garde est une conséquence forcée et nécessaire du devoir d'éducation, car comment les parents pourraient-ils l'accomplir, s'ils n'avaient pas l'autorité nécessaire pour faire retenir l'enfant auprès d'eux ou dans l'établissement d'éducation qu'ils lui ont assigné.

Il se peut cependant que l'enfant, par sa désobéissance et le refus de suivre les conseils et les ordres de ses parents, leur rende l'accomplissement de leur devoir impossible. Dans ces cas, la loi leur donne les moyens de briser sa résistance et de le ramener au bien. De là le droit de correction, qui est plus ou moins étendu, suivant les mœurs et coutumes des peuples.

Nous avons admis, et ce point n'offre guère de difficulté, que la puissance paternelle, quant à ses effets person-

nels, doit dépendre de la loi qui gouverne les rapports de famille, c'est-à-dire de la loi de l'état auquel la famille se rattache par sa nationalité.

Mais, comme il s'agit ici de dispositions qui, en affectant directement la personne de l'enfant, apportent des restrictions à sa liberté naturelle et intéressent par là l'ordre public dans un pays, il faut examiner jusqu'à quel point l'application de la loi étrangère peut être admise, sans troubler ce même ordre.

Nous aurons spécialement à nous arrêter sur l'éducation religieuse de l'enfant et le droit de correction dont sont armés les parents, étant donné que les conflits qui se présentent relativement à ces questions soulèvent de nombreuses difficultés, dont la solution n'est pas toujours facile.

II

Le Code civil français impose au père et à la mère l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

L'éducation de l'enfant est dirigée par le père, aussi longtemps qu'aucune modification n'a été apportée à l'exercice de la puissance paternelle. A sa mort, ou lorsqu'il en a été privé pendant sa vie pour une cause quelconque, ce droit passe à la mère avec les autres attributs de l'autorité paternelle.

Celui qui en est investi choisit librement la religion dans laquelle l'enfant sera élevé; toute convention qui tendrait à restreindre son droit sur ce point, doit être déclarée nulle, comme contraire à l'ordre public (art. 6, 1388).

L'enfant ne peut quitter la maison paternelle ou toute autre que le père lui a assignée. S'il s'en éloigne sans le consentement du père, celui-ci pourra avoir recours à la force publique pour la lui faire réintégrer.

Le législateur français reconnaît au père et à la mère un droit de correction qui est très étendu. Le père peut faire détenir son enfant pendant un certain temps, qui varie selon son âge et d'autres circonstances encore. Jusqu'à sa seizième année commencée, la durée de la détention est fixée à un mois, et elle a lieu par voie d'autorité. Depuis cet âge jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de l'enfant, en s'adressant au président du tribunal, qui est libre d'admettre sa demande ou de la repousser. Dans ce cas, la détention ne peut durer plus d'un mois. Lorsque la puissance paternelle est exercée par la mère, la détention a toujours lieu par voie de réquisition et la mère, pour y avoir recours, doit s'assurer le concours des deux plus proches parents du père.

Le Code civil *italien* impose également aux parents l'obligation d'entretenir, d'élever et d'instruire leurs enfants.

Le droit de garde s'y trouve établi et l'article 221 autorise le père à faire rentrer l'enfant dans la maison paternelle ou dans celle qu'il lui aura assignée, en recourant, au besoin, au président du tribunal.

Les moyens de correction que le Code civil italien accorde au père, sont beaucoup moins énergiques que ceux que nous trouvons dans le Code civil français.

L'article 222 lui donne notamment le droit, dans le cas où il ne parvient pas à réprimer les écarts de son enfant, de l'éloigner de la famille en lui assurant, selon ses ressources, les aliments strictement nécessaires. Il peut aussi, en recourant au président du tribunal, le placer dans telle maison, dans tel établissement d'éducation et de correction qui sera jugé le plus convenable pour son amendement.

La loi italienne ne contient pas de prescription spéciale sur l'éducation religieuse de l'enfant. Celui qui a l'enfant sous sa puissance est absolument libre à cet égard.

Le nouveau Code civil *espagnol* contient quant au devoir d'éducation et au droit de garde, les mêmes prescriptions que les lois française et italienne.

L'article 156 reconnaît aux parents le droit de demander le secours de l'autorité publique, soit à l'intérieur du foyer domestique, soit pour enfermer les enfants et les retenir dans les établissements d'instruction.

Le droit de correction proprement dit existe dans la législation espagnole (art. 156). Les parents sont autorisés à infliger aux enfants un mois de détention dans un établissement correctionnel établi à cet effet. Cette détention a toujours lieu par voie d'autorité, le juge ne peut la refuser que dans deux cas bien déterminés (art. 167) : 1° lorsque le père ou la mère a convolé en secondes noces, et qu'il s'agit d'un enfant de premier lit ; 2° lorsque l'enfant exerce une fonction ou une charge publique.

D'après le *Common Law* (1), les parents sont tenus de

1. Lehr, p. 114 et suiv. Blakstone, p. 171 et suiv.

donner aux enfants une éducation assortie à leur état. Ils doivent en supporter les frais, même dans les cas où l'enfant possède des biens personnels.

Les pouvoirs des parents sont corrélatifs à leur devoir. Ils ont le droit de garde et peuvent faire réintégrer le domicile paternel à un enfant, au moyen d'un ordre délivré par les tribunaux.

Le père peut corriger les enfants quand il le juge nécessaire pour leur éducation, mais il s'agit ici de correction domestique. Dans le droit anglais le père n'a aucun pouvoir pour faire détenir son enfant, soit par voie d'autorité, soit même en vertu d'un ordre délivré par le juge.

En *Allemagne*, le droit d'élever les enfants appartient en premier lieu au père ; pourtant la mère n'en est pas complètement exclue, même pendant la vie du père. Ce droit comprend aussi l'éducation religieuse ; mais arrivés à l'âge de 12 ans accomplis les enfants sont libres de se choisir une religion. Dans beaucoup de pays allemands il existe des lois spéciales sur ce point ; les parents y sont également autorisés en cas de mariage mixte, à régler par une convention la religion des enfants à naître.

Dans le droit allemand le tribunal tutélaire est spécialement chargé de la surveillance et du contrôle de la puissance paternelle. Il peut notamment intervenir sur la demande de l'enfant ou de la mère, quand il s'agit du choix d'une profession pour l'enfant.

Le droit de correction existe aussi en Allemagne, le le père est autorisé à faire détenir son enfant pendant un temps limité, dans une maison de correction.

III

Dans tous les pays civilisés les parents sont obligés par la loi civile d'entretenir et d'élever leurs enfants. Le devoir d'éducation est de l'essence même de la puissance paternelle.

Il y a donc peu de possibilité qu'un conflit s'élève quant à l'existence même de cette obligation, mais si le cas se présentait, nous n'hésiterions pas à reconnaître aux dispositions de la loi française qui s'y réfèrent un caractère obligatoire, même à l'égard des étrangers.

Un père étranger ne pourra donc pas, en invoquant sa loi personnelle, s'y soustraire et se désintéresser de l'entretien et de l'éducation de ses enfants, en les abandonnant à eux-mêmes ou en les laissant à la charge de la charité publique. L'intérêt de l'état français exige, que tous les enfants qui se trouvent en France, sans distinction de nationalité, reçoivent une éducation convenable et ne soient pas livrés à leurs mauvais instincts et au vagabondage. On doit donc considérer les dispositions de la loi française qui ont pour but d'assurer l'entretien et l'éducation des enfants, comme étant d'ordre public dans le sens le plus large du mot, et comme telles, applicables à tous ceux qui habitent le territoire français.

Mais supposons à présent que la loi personelle de la famille étrangère, tout en imposant aux auteurs de l'enfant les mêmes obligations que le Code civil, organise et réglemente d'une manière différente les droits et devoirs respectifs des parents.

En France le père a, par exemple, le droit absolu de donner aux enfants l'éducation qu'il juge la mieux appropriée à leur condition, et dans le choix d'une profession pour l'enfant son pouvoir n'est point limité. Dans d'autres pays, une certaine part dans l'éducation des enfants est réservée à la mère, qui est autorisée à y intervenir, même lorsque le père exerce la puissance paternelle. En cas de différend entre elle et le père, l'affaire est portée devant un tribunal spécial, qui est chargé de lui donner une solution au mieux des intérêts de l'enfant ; on permet également à ce dernier de se pourvoir devant le tribunal tutélaire contre le choix d'une profession que les parents veulent lui imposer (droit commun allemand).

De même, les lois de différents pays ne répartissent pas de la même manière les charges que nécessitent l'entretien et l'éducation des enfants ; nous avons vu qu'il y a même des pays où on ne permet point de prélever les frais d'éducation et d'entretien sur les revenus des biens des enfants ; les parents doivent toujours les supporter, excepté en cas d'indigence.

On peut se demander si, pour fixer tous ces points, il faut consulter la loi nationale de la famille étrangère, ou si au contraire il y a des raisons pour appliquer la loi du pays où l'enfant se trouve avec ses parents.

Nous pensons que, conformément au principe qui domine toute la matière, la loi personnelle s'impose ici. L'autorité territoriale est d'abord tout à fait désintéressée à faire prévaloir sa propre loi, qui repose peut-être sur une organisation différente de la famille et qui peut choquer les habitudes les plus intimes des étrangers.

L'important pour la souveraineté territoriale est que tous les enfants soient entretenus et élevés, mais la loi personnelle des parties en cause est seule compétente pour décider de quelle manière cette éducation et cet entretien doivent être assurés.

Il est hors de doute que les lois qui ont pour but d'organiser la protection de l'enfance, en fixant par exemple l'âge à partir duquel un enfant peut être employé dans une fabrique et en réglementant son travail, sont des lois de police qui obligent les étrangers au même titre que les nationaux.

La jurisprudence française a toujours, avec raison, appliqué la loi de 1874 relative au travail des enfants dans les manufactures, aux étrangers. Dans le nouveau texte voté par la Chambre des députés en 1888 il est dit en termes exprès (art. 2) que cette loi sera applicable aux « fils et filles des étrangers résidant en France. »

La question est beaucoup plus délicate en ce qui concerne les lois sur l'enseignement primaire obligatoire.

Les parents étrangers seront-ils tenus de donner à leurs enfants l'instruction exigée par la loi de l'état où ils résident, quoique leur loi personnelle ne les y oblige pas?

On sait qu'en France, la loi du 28 mars 1882 impose aux parents l'obligation de faire instruire leurs enfants et édicte des peines contre ceux qui ne se conforment pas à ses prescriptions. Si donc un père étranger résidant en France se refuse d'obéir à l'injonction de cette loi, encourra-t-il les peines qui y sont prévues ; en d'autres

termes la loi de 1882 doit-elle être considérée comme une loi de police et d'ordre public international applicable à ce titre aux étrangers ?

L'affirmative a été soutenue par plusieurs auteurs (1).

On a dit que dans l'esprit du législateur français, la loi sur l'enseignement obligatoire n'est que la sanction d'un devoir naturel, et que, de même que l'on reconnaît que les dispositions du Code civil qui imposent aux parents l'obligation d'élever, d'entretenir et de nourrir leurs enfants sont d'ordre public absolu, on devrait attribuer le même caractère à la loi sur l'instruction obligatoire.

On ajoute que le but du législateur français étant de lutter dans un intérêt général contre l'ignorance, le bien public exige que tous les enfants, sans distinction de nationalité, reçoivent l'instruction indispensable à leur développement moral et intellectuel.

De plus, la loi sur l'enseignement primaire comporte une sanction, elle frappe de peines les parents qui ne se conforment pas à ses prescriptions; or n'est-il pas universellement admis que les lois pénales régissent les étrangers au même titre que les nationaux ?

Cette manière de voir a été admise dans un jugement du tribunal de simple police de Ressons-sur-Matz qui s'exprime en termes suivants : « Tout état a le droit de veiller à sa conservation, de prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre ce but ; il peut donc imposer aux parents même étrangers qui lui demandent l'hospitalité, ce qu'il juge indispensable ou utile au développe-

1. Despagnet, p, 417, Weiss, p. 469.

ment de l'intelligence des enfants et de leur moralité, pour arracher ces enfants à cette pépinière de vagabonds et de misérables qui jettent le trouble dans la société et vont tôt ou tard peupler les prisons et les bagnes. En conséquence, il paraît impossible de nier que la loi sur l'instruction primaire obligatoire n'ait une grande affinité avec les lois de police et de sûreté en prenant ces expressions dans leur sens large (1) ».

Pourtant il ne paraît pas que cette opinion ait été admise par les autorités supérieures. Dans une discussion au Sénat, le ministre de l'instruction publique a déclaré que le Conseil d'Etat, consulté sur la question, s'était prononcé contre l'application de la loi de 1882 aux étrangers, et que cette opinion était partagée par la direction de l'enseignement primaire.

Tout en reconnaissant la force des arguments qui militent en faveur de l'application étendue des lois sur l'instruction obligatoire, il nous est impossible de nous rallier à cette opinion.

Lorsqu'il s'agit de le justifier même à l'égard des nationaux, le principe de l'instruction obligatoire donne lieu à une foule de controverses (2). Il ne s'impose pas de lui-même et son introduction a été et est encore aujourd'hui combattue. De plus, quoiqu'il soit impossible de contester que des considérations de bien général et d'intérêt social soient un des pricipaux motifs qui militent en leur faveur, les lois de cette espèce présentent toujours un

1. Vincent et Pénaud, *Dictionnaire de droit international privé*, p. 350.

2. Fiore, t. II, p. 118.

caractère plus ou moins politique. Il arrive même souvent que ce côté politique l'emporte. Or, peut-on dans ces circonstances en imposer l'observation aux étrangers qui ne se trouvent que temporairement sur le territoire d'un état ? Nous ne le croyons pas, et il y a même des cas où cette application serait d'une injustice criante et de nature à porter gratuitement atteinte aux droits les plus sacrés de l'homme.

IV

En France la loi ne contient aucune disposition spéciale sur la religion des enfants. Celui qui exerce la puissance paternelle est chargé de leur éducation religieuse et son pouvoir sur ce point ne subit aucune restriction. Il choisit sans entrave le culte dans lequel son enfant sera élevé et il est libre de le lui faire changer pendant sa minorité. Toute convention qui aurait pour effet de limiter le droit du père ou de la mère et de déterminer d'avance la religion de l'enfant est nulle (art. 6 et 1388).

Ainsi qu'on le voit, l'éducation religieuse de l'enfant est considérée en France comme un attribut ordinaire de l'autorité paternelle, ne différant en aucune façon des autres effets qu'elle produit sur la personne de l'enfant.

Mais il y a beaucoup de pays où des lois spéciales déterminent d'avance la religion de l'enfant, et dans certains cas permettent aux parents de régler cette question par des conventions privées, conclues avant ou même après la célébration du mariage.

Prenons par exemple l'Autriche. La loi du 25 mai 1868 y a réglé dans tous ses détails les questions que soulève l'éducation religieuse des enfants (1).

Cette loi prévoit d'abord le cas où les parents appartiennent au même culte, et décide que l'enfant devra suivre leur religion commune. Dans les mariages mixtes les enfants du sexe masculin seront élevés dans la religion du père, les filles dans celle de leur mère.

Pourtant cette règle n'a rien d'obligatoire; les parents sont libres de la modifier par des conventions particulières conclues soit avant soit après la célébration du mariage et de décider, contrairement à la prescription de la loi, que les fils suivront la condition de la mère et les filles celle du père, ou même que tous les enfants seront élevés dans la religion de l'un des époux.

La religion de l'enfant ainsi déterminée ne peut être changée avant qu'il soit en état de s'en choisir librement une autre. Cependant, dans les cas où la loi permet anx parents de régler cette question par une convention, elle leur laisse la latitude d'y apporter des modifications et de faire changer de religion l'enfant qui n'a pas accompli sa septième année. En cas de conversion des parents, les enfants qui n'ont pas encore sept ans révolus, sont traités au point de vue de leur religion comme s'ils étaient nés après la conversion.

Enfin la loi autrichienne autorise toute personne âgée

1. Vesque von Püttlingen, p. 245 et suiv. ; von Stubenrauch, *Commentar zum œster. bürgerlichen Gesetzbuche*, t. I, p. 234 et suiv.

de 14 ans accomplis sans distinction de sexe, et quoique encore soumise à la puissance paternelle, de se choisir librement et d'après sa conviction une religion. Les autorités publiques sont chargées de la protéger à cet égard et de lui assurer le libre exercice de son droit de conscience.

Supposons donc une famille autrichienne établie sur le sol français où la liberté du père de famille à cet égard n'est point limitée, et examinons quelle sera la situation de l'enfant au point de vue religieux.

Nous avons dit que la puissance paternelle doit, quant à ses effets personnels, dépendre uniquement de la loi nationale de la famille étrangère; en appliquant ce principe nous devrions décider que la loi de 1868 régira la famille autrichienne, même pendant son séjour en France, parce qu'il s'agit bien ici d'un effet personnel de la puissance paternelle, le choix d'une confession religieuse se rattachant directement à l'éducation morale de l'enfant.

Mais en nous prononçant pour la personnalité du statut de la puissance paternelle, nous avons eu en vue seulement les lois ayant un caractère absolument privé, c'est-à-dire les lois qui ont pour but de régler uniquement les rapports qui doivent exister entre les membres d'une même famille. Or, il est absolument impossible d'attribuer ce caractère aux lois qui ont trait à l'éducation religieuse des enfants. Ces lois sont essentiellement politiques. En assignant d'avance à chaque individu sa religion et en déterminant les conditions dans lesquelles un changement de foi peut être effectué, ces lois se rattachent

directement à l'organisation politique d'un pays. Elles font partie de tout un système qui a pour objet, en réglementant les rapports entre les pouvoirs civils et les autorités spirituelles, d'assurer la paix religieuse dans un pays. Le principe de la reconnaissance réciproque de la souveraineté des états indépendants s'oppose à leur extension hors du territoire de la souveraineté dont elles émanent.

En France, le droit public consacre la liberté religieuse la plus complète. Un individu majeur se choisit librement sa religion, et son choix n'est soumis à aucune formalité. Pour les personnes incapables la loi confie ce soin à celui sous la puissance de qui elles se trouvent, et son pouvoir sur ce point est illimité. En un mot, le principe de la loi française est que les questions religieuses des individus sont d'ordre absolument privé, et que les autorités publiques n'ont point à y intervenir, soit pour les régler d'avance, soit pour assurer l'observation des conventions des particuliers qui s'y réfèrent. Ce principe est d'ordre public dans le sens le plus large et le plus étendu du mot et toutes les lois étrangères viennent s'y briser.

Tant que les parents autrichiens établis en France sont d'accord pour respecter leur loi nationale et élever leurs enfants conformément à ses prescriptions, rien ne s'oppose à son application en France. Mais supposons que le père veuille, contrairement à la disposition de cette loi relative aux mariages mixtes, élever tous les enfants dans sa religion à lui, la mère ne pourra pas obtenir, en s'adressant à la justice française et encore moins à l'autorité administrative, qu'on contraigne le père à l'observation de la

loi autrichienne de 1868 ou des conventions intervenues conformément à cette même loi.

Toutes les fois donc que la question se présentera en France, nous appliquerons aux étrangers le principe de la loi française et déciderons, que celui qui est investi de la puissance paternelle à l'égard d'un enfant étranger, aura la liberté la plus absolue quant au choix de la religion que suivra l'enfant, quoique sa loi personnelle contienne des dispositions contraires sur ce sujet. Cette loi ne saurait être respectée, parce qu'elle est en opposition avec le principe du droit public français, qui consacre la liberté religieuse la plus complète pour le père.

Un seul point est douteux. C'est lorsque l'enfant est autorisé par sa loi personnelle à se choisir une religion avant sa majorité et pendant qu'il est encore soumis à la puissance paternelle. Tel est précisément le cas de la loi autrichienne de 1868 qui, comme nous l'avons dit, fixe à l'âge de 14 ans accomplis, l'affranchissement de l'enfant au point de vue religieux.

On peut se demander si la capacité de l'enfant à cet égard ne devrait pas toujours être réglée par sa loi nationale et par conséquent ; s'il ne faut pas permettre à l'enfant autrichien mineur de changer de religion, malgré l'opposition de son père. Cette solution serait du reste conforme à ce que nous avons soutenu dans le chapitre précédent. Nous y avons dit que la loi de l'enfant décide seule à quel âge il cessera d'être sous la puissance paternelle ; or ici nous ne sommes en présence que d'une émancipation partielle. Le père autrichien continue à avoir son enfant sous sa puissance, seulement un des

attributs de cette autorité lui est enlevé, il n'est plus chargé de son éducation religieuse, l'enfant étant capable de se choisir une religion. Nous admettons bien que l'enfant suisse soit absolument libre en France à l'âge de 20 ans, parce que sa loi nationale fixe à cette époque la majorité et le fait sortir de la puissance paternelle, pourquoi ne pas reconnaître à l'enfant autrichien la liberté relative que sa loi lui accorde lorsqu'il a atteint l'âge de 14 ans?

Le raisonnement est juste et l'admission de la loi personnelle de l'enfant paraît s'imposer, seulement son application se heurte en France à un obstacle de fait. Car de quelle manière en assurer l'exécution en cas de refus du père? La justice et à plus forte raison l'autorité administive, sont absolument incompétentes en France pour intervenir dans ces sortes de questions. Cette loi ne peut être appliquée que dans le pays qui l'a édictée, parce qu'elle suppose un ensemble de lois et règlements, qui, en réglant les questions religieuses, donnent aux autorités civiles (judiciaires ou administratives) les pouvoirs nécessaires pour les faire respecter. Or, en France il n'existe rien de pareil, et on ne pourrait obtenir l'observation de cette loi qu'en enlevant au père l'exercice de la puissance paternelle, ce qui serait évidemment dépasser le but du législateur.

Comme on voit on est donc forcé, sur ce point comme sur les autres, de négliger absolument la loi étrangère et d'admettre les dispositons de la loi francaise, qui veut que jusqu'à sa majorité, un enfant reste sous l'autorité de son père, même en ce qui concerne son éducation religieuse.

Nous avons jusqu'à présent raisonné sur l'hypothèse d'un père autrichien résidant avec ses enfants en France ; prenons maintenant le cas opposé et supposons une famille française fixée sur le territoire autrichien.

Tombera-t-elle sous le coup de la loi de 1868 ?

En suivant le même raisonnement que tout à l'heure on devrait se prononcer pour l'affirmative. Car si, au nom de l'ordre public, nous avons imposé au père autrichien les prescriptions de la loi française, il semble que ce même principe exige que le père français se conforme à la loi de 1868, pour tout ce qui touche à l'éducation religieuse de l'enfant, aussi longtemps qu'il habitera le territoire autrichien.

Pourtant nous pouvons dire que, en Autriche, l'opinion contraire a prévalu et en doctrine et en pratique.

Vesque von Püttlingen dans son ouvrage sur le droit international privé en vigueur en Autriche, dit en termes exprès que la capacité du père sur ce point doit, d'après les principes ordinaires du droit international privé, être déterminée par sa loi nationale (1).

Nous avons aussi une décision du ministre des cultes qui, en sa qualité de juge administratif, s'est prononcé contre l'application de la loi de 1868 aux étrangers.

Cette décision a été rendue dans les circonstances suivantes. Il s'agissait de deux enfants israélites que leurs parents de nationalité prussienne, voulaient faire changer de religion comme leur loi personnelle le permet (art. 78 du Landrecht prussien). Ils adressèrent au

1. P. 246.

magistrat de Vienne une requête à l'effet de faire constater cette conversion par lui, conformément à la loi de 1868 et à l'ordonnance de 1869 rendue en exécution de cette loi. Le magistrat repoussa leur demande, sous prétexte qu'elle était contraire à la loi de 1868, qui, comme le décide l'ordonnance de 1869, est applicable aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux. Cette décision fut maintenue pour le même motif par la préfecture de la Basse Autriche, mais sur le recours des parents le ministre des cultes l'infirma et admit la prétention des parents prussiens.

« Le choix d'une confession religieuse pour les enfants, lisons-nous dans cette décision ministérielle (1), apparaît comme un acte de capacité, comme une émanation de la puissance des parents et en particulier de celle du père ; c'est donc dans l'espèce les prescriptions de la loi prussienne qui doivent être appliquées, et non les dispositions juridiques de la loi du 25 mai 1868 réglant les rapports religieux des sujets autrichiens. En sorte les appelants doivent en ce qui concerne l'exercice des droits issus de la puissance paternelle, particulièrement l'éducation religieuse de leurs enfants, être jugés d'après les dispositions du droit prussien. Quant à la déclaration, en cas de changement de religion qui, d'après la loi autrichienne, doit être faite et consignée par le magistrat, les étrangers y sont soumis en vertu de la règle *locus regit actum* ».

Cette décision ne laisse pas de nous étonner. Au fond, chaque gouvernement est libre de décider si une loi qui sort du cadre du droit privé a un caractère obligatoire à

1. *Journal de droit international privé*, 1881, p. 237.

l'égard des étrangers. Mais au point de vue des principes, l'opinion du ministre des cultes autrichien nous paraît très peu juridique.

La loi de 1868 a un caractère franchement politique, le législateur autrichien le reconnaît expressément dans l'article 144 du Code civil ; elle a de plus pour but d'assurer la paix religieuse au sein de la famille et par conséquent dans l'Etat, c'est donc une loi de police dans le sens étendu du mot. Nous ne comprenons pas que dans ces conditions on la déclare spéciale aux Autrichiens et qu'on permette aux étrangers de s'y soustraire, en invoquant leur loi personnelle.

V

Pour finir cette étude des effets personnels de la puissance paternelle, il nous reste encore à examiner la difficulté que soulève le droit de correction, lorsque les parents veulent l'exercer sur le territoire d'un état étranger.

On se demande notamment si les lois qui déterminent et règlementent les moyens de correction des parents ne constituent point les lois de police et de sûreté, et s'il ne faut pas par conséquent les appliquer à toutes les personnes qui habitent le territoire sans distinction de nationalité.

Cette opinion a été soutenue par beaucoup d'auteurs (1).

1. Demolombe, t. VI, p. 266; Aubry et Rau, t. I, p. 82; Brocher, t. I, p. 344; Fiore, t. II, p. 125; Rougelot de Lioncourt, p. 255.

La loi, disent-ils, qui accorde aux parents un droit de correction sur leurs enfants, a pour but d'assurer le bon ordre dans la famille et par conséquent dans l'Etat. Il est souvent nécessaire d'enfermer un enfant désobéissant et indisciplinable, pour l'empêcher d'accomplir des faits dangereux, non seulement pour ses parents, mais même pour la tranquillité publique.

La loi française qui admet la détention de l'enfant dans un établissement de correction public, sans être une loi pénale, a de trop grandes affinités avec les lois de cette espèce pour n'être pas applicable aux étrangers résidant en France.

Dans ce système un père étranger pourra toujours se prévaloir des dispositions du Code civil, pour réprimer les écarts de son enfant, même lorsque sa loi nationale n'admet pas de pareils moyens.

Nous sommes d'un avis contraire et nous pensons que l'ordre public n'exige en aucune façon que l'on déroge ici au principe de la personnalité du statut de la puissance paternelle (1).

Il est inexact de dire, comme le font les auteurs cités précédemment, que les lois qui organisent la correction paternelle ont pour objet de garantir l'ordre et la tranquillité publics; leur maintien est suffisamment assuré comme le dit M. von Bar par les lois pénales dont le caractère obligatoire, même à l'égard des étrangers, n'est contesté par personne. Le droit de correction n'est donc

1. Weiss, p. 275 ; Durand, p. 352; von Bar, t. I, p. 532; Vesque von Püttlingen, p. 244.

point établi « dans un intérêt général, dans un intérêt de l'État, mais dans l'intérêt particulier de l'enfant français qu'il s'agit de ramener au bien et de prévenir contre ses propres égarements » (1). Or, pourquoi vouloir dans ces conditions imposer cette loi à des étrangers, dont les mœurs et le caractère sont différents ; la loi n'a pas été faite pour eux et ne doit pas leur être appliquée. Elle peut même ne pas leur convenir et produire chez eux des effets absoluments opposés.

La loi nationale, qui a été faite en vue des qualités distinctives et du caractère des individus, peut seule savoir par quels moyens l'amendement de l'enfant peut être obtenu ; il est donc juste de laisser ce point aussi sous l'empire de la loi personnelle, et de ne pas permettre au père étranger d'employer d'autres moyens de correction que ceux admis par la loi nationale de l'enfant.

Mais, comme le droit de correction se traduit par des mesures qui affectent la personne de l'enfant en le privant de sa liberté naturelle, il faut reconnaître qu'il ne saurait être exercé à l'étranger que dans la mesure où la loi territoriale l'autorise. Tout ce qui touche à la liberté personnelle des individus, qu'ils soient majeurs ou mineurs peu importe, est d'ordre public international.

Nous arrivons à la conclusion que la loi personnelle doit seule déterminer les moyens de correction qu'un père pourra employer à l'égard de ses enfants ; mais quand il les exerce à l'étranger, il est nécessaire que la loi du pays où il se trouve les admette également. La loi territo-

1. Weiss, *op. cit.*

riale forme donc une espèce de limite qu'il n'est pas permis de franchir ; mais si la loi personnelle est moins sevère rien ne s'oppose à son application (1).

1. Von Bar, p. 552; Vesque von Püttlingen, 244 ; Unger, I, p. 195.

CHAPITRE III

DES EFFETS RÉELS DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Droits de jouissance et d'administration légales.

I

Nous arrivons à la dernière partie de notre travail, dans laquelle nous avons à traiter des effets réels de la puissance paternelle, c'est-à-dire des droits que la loi confère aux parents sur les biens des enfants soumis à leur autorité.

Nous avons déjà dit que, pour assurer la protection d'un mineur d'une façon complète, la puissance paternelle doit produire des effets réels. Le législateur, après avoir organisé la protection de leur personne, n'a pu négliger celle de leur fortune; il a dû donc déterminer les conditions selon lesquelles elle sera administrée.

Au point de vue absolu, il est hors de doute que dans l'organisation de l'autorité paternelle, la garde et l'éducation de l'enfant doivent tenir la première place. Mais au point de vue spécial auquel nous nous plaçons, les effets réels de la puissance paternelle ont une importance beaucoup plus considérable; les conflits de lois y sont plus fréquents et les différences de législation plus nombreuses.

D'abord, lorsqu'il s'agit de la protection de la personne du mineur, il est de toute nécessité, pour qu'un conflit se produise, que l'enfant et son père se trouvent sur un territoire étranger, ou qu'ils n'appartiennent point à la même nationalité.

Ici au contraire, il se peut qu'il y ait conflit sans que ni l'un ni l'autre ne quittent le territoire de leur patrie commune. Supposons pour cela que l'enfant possède des biens à l'étranger (et le cas devient de plus en plus fréquent par la multiplication des mariages internationaux), et que la loi du pays où ils sont situés organise autrement leur administration que la loi nationale de l'enfant : nous avons donc un conflit, quoique ni l'enfant ni son père n'aient cessé d'habiter le territoire de l'état dont ils sont citoyens.

Ensuite la puissance paternelle se manifeste ici par des actes qui ont les biens pour objet, et l'on sait que les prétentions des réalistes deviennent beaucoup plus grandes dès qu'il s'agit de biens et surtout d'immeubles. Des idées surannées sur la souveraineté, legs funeste de la conception féodale du droit, qui dans la plupart des pays modernes empêchent le développement rationnel de notre science, forment ici un obstacle de plus, à l'admission des véritables principes qui, comme nous l'avons démontré au début de cette étude, doivent présider à la solution des conflits en cette matière.

Et puis, comme on le verra tout à l'heure, les différences entre les législations des principaux pays modernes sont assez importantes sur ce point, ce qui augmente encore la possibilité de conflits.

Certaines d'entre elles, qui n'ont pas subi l'influence du

droit romain donnent à l'administration légale du père ou de la mère le caractère d'une autorité purement tutélaire. Dans les autres, les pouvoirs du père sur les biens sont beaucoup plus larges et indépendants ; de plus, cette administration est loin d'être désintéressée, la jouissance de la plupart de ces biens étant réservée à celui qui est chargé de la protection des intérêts de l'enfant.

II

Le Code civil français ne consacre à l'administration légale du père qu'un seul article (389). La jurisprudence a été donc forcée par cette sobriété extrême du législateur à compléter son œuvre.

D'abord, à l'encontre de la tutelle, nous ne trouvons dans l'administration légale du père ou de la mère, ni subrogé-tuteur, ni conseil de famille, ni hypothèque légale; l'affection et la sollicitude qu'ont d'ordinaire les parents pour leurs enfants ont paru au législateur une garantie suffisante. Du reste, l'administration légale cédant la place à la tutelle, à la mort de l'un des deux auteurs de l'enfant, il est assez rare dans le droit français, que ce dernier ait un patrimoine propre, aussi longtemps qu'il est soumis à la puissance paternelle.

En ce qui concerne l'étendue des pouvoirs du père administrateur légal des biens de son enfant, par suite de l'absence d'un texte positif, on s'accorde en général à reconnaître qu'il a pleine capacité d'accomplir tous les actes d'administration, mais pour procéder à un acte de

disposition l'autorisation de la justice lui est nécessaire.

La loi française accorde au père durant le mariage et, après sa dissolution, au survivant des père et mère, la jouissance des biens de leurs enfants mineurs. Cette jouissance prend fin par l'émancipation de l'enfant ou lorsqu'il arrive à l'âge de 18 ans. Elle cesse aussi à l'égard de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé et pour la mère lorsqu'elle convole en secondes noces (Voir aussi les art. 730 et 1442).

En principe, tous les biens de l'enfant sont soumis à l'usufruit paternel, la loi n'en excepte que ceux qui proviennent d'un travail ou d'une industrie séparés de l'enfant, et les biens qui lui seront donnés ou légués, à la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.

Enfin, au point de vue des charges dont cet usufruit est grevé la loi assimile le père ou la mère à un usufruitier ordinaire (sauf l'obligation de fournir caution). De plus, ils doivent prélever sur les revenus des biens de l'enfant les frais de sa nourriture et de son éducation, et supporter quelques charges supplémentaires qui ne sont pas imposées à un usufruitier ordinaire.

L'administrateur légal doit rendre compte de sa gestion à l'expiration de ses pouvoirs (art. 289), d'où résulte pour lui l'obligation de faire un inventaire qui servira de base à ses comptes.

En *Italie* le Code civil a organisé dans tous ses détails l'administration légale et l'usufruit paternel.

Les biens de l'enfant sont administrés par celui de ses auteurs qui est investi de la puissance paternelle. Seule-

ment la loi accorde au père la faculté (art. 235) d'imposer à la mère survivante, par testament ou autre acte authentique, des conditions pour l'administration des biens de leurs enfants. La mère est libre de demander à un conseil de famille d'en être dispensée; sa délibération sur ce point doit être soumise à l'homologation du tribunal. En Italie, comme nous l'avons dit plus haut, la puissance paternelle dure aussi longtemps que l'enfant a un de ses auteurs en vie; si donc, en cas de prédécès du père, la mère survivante se remarie, elle est soumise à des obligations pareilles à celles auxquelles la loi française astreint la mère tutrice légale, en cas de second mariage.

L'art. 224 du Code civil italien détermine les pouvoirs de l'administrateur légal. Il lui défend tout acte de disposition, si ce n'est en cas de nécessité absolue ou d'utilité évidente et avec l'autorisation du tribunal civil. Pour le recouvrement des capitaux mobiliers et la vente d'effets mobiliers sujets à détérioration, le père doit s'adresser au prêteur et obtenir son assentiment.

Ce dernier devra reconnaître la sûreté de l'emploi que le père se propose de faire des sommes provenant de ces ventes ou recouvrements.

Les successions dévolues aux enfants sont acceptées par le père sous bénéfice d'inventaire, mais en cas de refus du père, le tribunal peut en autoriser l'acceptation, et nommer un curateur à cet effet.

En cas d'opposition d'intérêts entre le père et l'enfant, l'autorité judiciaire nomme à ce dernier un curateur spécial, dont les fonctions sont semblables à celles du subrogé-tuteur.

La loi italienne reconnaît aussi un usufruit légal sur les biens de l'enfant, au profit de celui qui exerce la puissance paternelle. Cet usufruit cesse par la majorité de l'enfant, ou même avant, si l'enfant est émancipé. Le second mariage du père aussi bien que de la mère y met fin.

L'usufruit légal porte en général sur tous les biens de l'enfant, la loi en soustrait cependant les biens donnés ou légués à l'enfant, sous la condition que le père ou la mère n'en jouiront pas ; les biens donnés ou légués à l'enfant pour entrer dans une carrière, s'instruire dans un art ou se préparer à une profession ; les héritages ou legs acceptés contre l'assentiment du père, et en dernier lieu, les biens acquis par l'enfant dans les services militaires ou civils, dans l'exercice d'un emploi, d'une profession ou au moyen de son travail personnel ou d'une industrie séparée.

Dans le droit italien, l'usufruit passe à la mère, alors même que le pouvoir paternel est exercé par le père, s'il en est exclu pour des causes qui lui sont personnelles.

L'usufruit légal est soumis à toutes les charges d'un usufruit ordinaire ; de plus, celui qui a la jouissance des biens de l'enfant doit supporter les frais que nécessitent son entretien et son éducation.

Le nouveau code civil *espagnol* a réglementé aussi complètement que le Code italien les droits des parents sur les biens de leurs enfants.

Ces biens sont divisés en deux catégories.

La première (*peculium profectitium*) comprend ceux

que les enfants ont acquis à l'aide des fonds que les parents ont mis à leur disposition. Ils appartiennent à ces derniers en propriété et en usufruit, et leurs droits sur ces biens sont ceux d'un propriétaire. Ils peuvent les administrer comme bon leur semble et en disposer à titre onéreux et gratuit.

Dans la seconde catégorie la loi a rangé les biens que l'enfant acquiert pendant sa minorité, par son travail et son industrie ou à titre gratuit. Celui en la puissance de qui il se trouve en a l'administration et la jouissance ; toutefois, si les enfants non émancipés vivent indépendamment de leurs parents et avec leur consentement, ils reprennent l'administration de leur fortune et sont autorisés à en percevoir les revenus à leur profit. De même échappent à la jouissance légale, les biens donnés ou légués pour faire face à l'éducation ou à l'instruction des enfants, mais le père ou la mère en a l'administration, si le donateur n'en a pas décidé autrement.

Les pouvoirs du père administrateur légal sont strictement déterminés dans le nouveau Code civil espagnol.

D'abord un inventaire doit être dressé en présence du ministère public; sur la proposition du même fonctionnaire le juge pourra ordonner le dépôt des valeurs mobilières propres de l'enfant (art. 163).

Tout acte de disposition est interdit au père, qui, pour y procéder, doit demander au juge du domicile une autorisation. Cette autorisation ne peut être accordée qu'en cas de nécessité absolue ou d'utilité évidente, le ministère public entendu (art. 164).

Relativement aux biens de leurs enfants dont ils sont

usufruitiers et administrateurs, les parents ont les obligations de tout usufruitier ou administrateur et quelques obligations spéciales.

L'adoption qui, comme nous l'avons vu, est un mode d'acquisition de la puissance paternelle en Espagne, ne confère à l'adoptant aucun droit utile sur les biens de l'adopté. Il n'en a que l'administration, et seulement dans le cas où il fournit une caution acceptée par le juge du domicile.

L'*Angleterre* est certainement le pays où la puissance paternelle se rapproche le plus de la tutelle, surtout en ce qui concerne l'administration des biens de l'enfant mineur (1).

Non seulement la loi anglaise n'accorde aucun droit utile aux parents sur les biens de leurs enfants, mais elle ne leur permet même pas de toucher à ses revenus pour lui donner une éducation convenable. La Cour de Chancellerie peut les autoriser à prélever sur ces revenus les sommes nécessaires à cet effet, et seulement dans les cas où ils ne sont pas en état de les supporter eux-mêmes.

Le père a l'administration de la fortune de son enfant mineur, mais ses droits ne diffèrent point de ceux d'un tuteur ou d'un gardien ordinaire. Il est donc placé sous la surveillance du Lord-Chancelier qui est spécialement chargé de la protection des intérêts des mineurs.

A la majorité de l'enfant le père doit lui rendre compte de son administration, il est comptable non seulement de

1. Lehr, p. 117, Blackstone, t. II, p. 174.

la propriété, mais même des revenus des biens dont il avait l'administration, à moins qu'il n'ait été autorisé à les employer pour l'éducation de l'enfant.

Dans le *droit commun allemand* (1), les biens de l'enfant soumis à la puissance paternelle sont divisés en deux groupes : 1° le patrimoine libre de l'enfant ; 2° celui soumis à l'usufruit et à l'administration du père.

La règle est que toutes les acquisitions de l'enfant rentrent dans la seconde catégorie et forment le *peculium adventitium regulare*. Sur cette espèce de biens le père a d'abord un droit de jouissance et il est chargé en même temps de les administrer.

Cette administration légale est beaucoup plus libre et indépendante qu'une administration ordinaire. Le père est notamment censé, absolument comme dans le dernier état du droit romain, administrer ces biens, non comme tuteur et représentant de l'enfant, mais en vertu d'un droit propre, qu'il a en sa qualité de père légitime. Même dans le cas où l'enfant majeur continue à demeurer auprès de son père, ce dernier n'a pas besoin de son consentement, et peut gérer le patrimoine de l'enfant comme bon lui semble. Mais pour intenter dans ces conditions un procès relatif au pécule adventice, l'assentiment du fils est nécessaire.

Comme usufruitier le père n'est pas soumis à l'obligation de fournir caution.

A la fin de l'administration légale le père ne doit point

1. Dernburg. *Pandekten*, t. III, p. 64. Baron, *Pandekten*, p. 598.

rendre compte à l'enfant, parce qu'il a administré en vertu de son titre de père et non comme représentant de l'enfant. Mais il est responsable de ses fautes lourdes. L'aliénation des biens qui forment le pécule adventice régulier est interdite en principe, à l'exception des choses inutiles et lorsque les dettes de l'enfant rendent la vente nécessaire. Si l'enfant est mineur on lui nomme un curateur spécial, qui doit donner son consentement à l'aliénation ; s'il est majeur il consent lui-même.

Le patrimoine libre de l'enfant comprend ce que l'enfant acquiert dans les services militaires ou civils ou dans l'exercice d'une profession libérale. De plus, rentrent dans cette catégorie les biens qui composent le pécule adventice irrégulier de l'enfant, savoir : les biens qui lui ont été donnés ou légués à la condition que le père n'en jouira pas, et même ceux à la jouissance desquels le père a volontairement renoncé; de même ce que l'enfant a hérité de ses frères et sœurs lorsqu'il a eu le père pour cohéritier.

Les enfants majeurs administrent leurs biens libres eux-mêmes ; pendant la minorité on leur nomme un curateur spécial. Le père peut être investi de ces fonctions, mais il est considéré dans ce cas comme tuteur et représentant de l'enfant; il gère donc le patrimoine libre à ce titre et non en vertu de la puissance paternelle.

III

En étudiant les questions qui se rattachent, soit à l'organisation de la puissance paternelle, soit à ses effets per-

sonnels, nous avons constaté que tout le monde est d'accord pour admettre l'application de la loi personnelle du mineur, sauf à y apporter des exceptions commandées par l'ordre public international.

Mais lorsque nous abordons l'étude des effets qu'elle comporte sur les biens de l'enfant, et surtout sur les immeubles, nous nous trouvons en présence de divergences considérables.

Les prétentions des auteurs réalistes y reprennent toute leur force. Nous admettons, disent-ils, que l'organisation de la puissance paternelle et ses effets personnels doivent dépendre de la loi nationale de l'enfant; toutes ces questions touchent de trop près à l'état des personnes pour qu'on puisse les en séparer et les soumettre à la loi territoriale. Du reste, ajoutent-ils, un état est absolument désintéressé, quand il s'agit de savoir si un enfant étranger est sous la puissance paternelle, et de déterminer la personne qui en aura l'exercice; ce manque d'intérêt lui permet bien de laisser la loi de l'enfant produire tout son effet.

Ils reconnaissent aussi que l'administration de la fortune mobilière doit être organisée d'après la loi du domicile, mais dès qu'un immeuble est en question ils refusent tout effet à une loi étrangère.

Les immeubles, prétendent-ils, font partie intégrante du sol de l'état, ils constituent la base matérielle de sa souveraineté. Or, peut-on permettre à un père étranger de procéder, en invoquant la loi nationale de l'enfant, sur ces immeubles, à des actes que la loi du pays où ils sont situés n'autorise pas. Assurément non. La souveraineté de l'état serait gravement compromise si on laissait un

père étranger administrer les biens de l'enfant et en jouir conformément à une loi étrangère.

Nous n'admettons point cette manière de raisonner qui repose sur une conception juridique tout imbue du droit féodal. Nous pensons que la distinction entre les effets personnels de la puissance paternelle et ceux qui portent sur les biens, est absolument arbitraire, et en opposition flagrante avec nos idées modernes sur le droit et sur la souveraineté. C'est ce que nous allons nous efforcer de mettre en lumière.

D'abord nous constatons un point qu'on peut considérer comme acquis, et que les partisans les plus convaincus de la réalité n'osent contester.

Ce point est le suivant. Un père ou une mère étrangers, investis selon la loi de leur pays de la puissance paternelle, et partant ayant le droit de gérer le patrimoine de son enfant, verront leur titre reconnu, même dans les pays dont la loi, dans une situation semblable, pourvoit d'une autre manière à la protection d'un mineur (exemple : une veuve italienne, mère d'un enfant possédant des immeubles en France).

Les parents de l'enfant n'auront besoin dans ce cas d'aucune autorisation ou confirmation de la part des autorités du pays où les biens sont situés ; ils tiennent leur titre plutôt de la nature que de la loi positive et si, à la rigueur, on peut nier toute efficacité à un acte émanant d'un pouvoir étranger, il est impossible de ne pas tenir compte des faits qui s'imposent par la nature même des choses.

Et pourtant les réalistes, qui, comme nous venons de le dire, admettent cette opinion, nous paraissent peu conséquents avec eux-mêmes. Car, si la loi territoriale décide qu'il y a lieu à la tutelle, tandis que la loi nationale de l'enfant confie à la mère, en sa qualité de mère investie de la puissance paternelle, l'administration des biens de l'enfant, on laisse produire à une loi étrangère des effets directs sur des immeubles, parce que c'est d'elle que la mère tient son titre d'administrateur légal. Or, nous avons vu que l'on considère précisément cette application de la loi étrangère comme attentatoire à la souveraineté de l'état. Il y a donc une contradiction flagrante dans le système de ceux qui soutiennent que la *lex rei sitæ* est seule compétente pour déterminer les droits patrimoniaux, qui résultent de la puissance paternelle.

La doctrine anglaise nous paraît beaucoup plus logique lorsqu'elle admet que l'existence d'un tuteur étranger ne fait point obstacle à ce que la justice anglaise soit compétente à en nommer un autre, relativement aux intérêt, qu'un mineur pourrait avoir en Angleterre (en pratique le tuteur étranger est ordinairement confirmé dans ses fonctions). Mais nous ne pensons pas que même dans les pays régis par le *Common Law* on ose aller jusqu'à exiger qu'une mère étrangère qui a l'enfant sous sa puissance, soumette son titre à la confirmation de la Cour de Chancellerie.

La contestation est donc limitée à un seul point. Les réalistes soutiennent que pour mesurer l'étendue de droits, soit de jouissance, soit d'administration d'un père étran-

ger, il faut consulter la *lex rei sitæ ;* pour nous la loi nationale de l'enfant doit être uniquement appliquée, dès qu'il s'agit de la puissance paternelle, et sans faire aucune distinction entre ses différents effets.

Pour soumettre à la loi territoriale les rapports de l'enfant avec ses auteurs, en tant qu'ils se manifestent sur les biens, les réalistes tirent leur principal argument de ce que les immeubles, formant le territoire d'un Etat et servant de base à sa souveraineté, ne peuvent pas dépendre d'une loi étrangère, sous peine de compromettre le principe même de cette souveraineté.

Ce système repose sur une conception juridique qui n'est plus de notre temps. Qu'à l'époque féodale on décidât que tout ce qui touchait de près ou de loin aux immeubles devait être régi par la loi de leur situation, rien de plus naturel. Sous le régime féodal tout se basait sur l'organisation de la propriété, et on considérait l'homme comme une dépendance du territoire, et ses droits comme un accessoire de la possession territoriale ; il n'y avait rien d'étonnant que dans ces conditions la souveraineté se montrât jalouse et repoussât énergiquement une loi qui n'était pas son œuvre.

Aujourd'hui nos idées modernes répugnent à une pareille conception de la souveraineté. L'état est considéré actuellement comme une association d'individus volontairement réunis en corps politique, et obéissant à une autorité qu'ils ont librement acceptée. L'état n'existe que par eux, et pour leur permettre de satisfaire leurs besoins et de développer les facultés dont la nature les a doués. L'homme occupe donc la première place et la sou-

veraineté territoriale n'est que l'accessoire et la dépendance de la souveraineté personnelle.

Le statut réel a par conséquent dans le droit moderne une importance plus restreinte. Il n'embrasse pas toutes les dispositions légales qui ont trait aux biens ; il ne comprend que les prescriptions ayant pour but l'organisation de la propriété et la détermination des droits qui peuvent exister sur les choses ; en un mot, appartiennent au statut réel toutes les lois qui règlent la condition juridique des biens (meubles ou immeubles peu importe), indépendamment de la personne de celui qui exerce des droits sur eux.

Ces prescriptions ont une autorité absolue, c'est-à-dire s'appliquent à tout le monde, sans distinction de nationalité, parce qu'elles sont étroitement liées aux institutions politiques, sociales ou économiques d'un état, et leur méconnaissance serait de nature à porter la plus grave atteinte aux principes sur lesquels il repose. Nous ne pouvons mieux faire que de citer ici un passage d'un auteur moderne, qui fait toucher du doigt les différences qu'il y a entre les lois qui réglementent la propriété, et par conséquent d'un caractère réel, et celles qui n'ont en vue que des intérêts privés. « Certaines d'entre elles, dit M. Fiore (1), ont pour but de protéger les intérêts généraux de l'association politique, considérée *uti universitas* et de concilier les droits des particuliers propriétaires d'immeubles avec les droits et les intérêts publics. D'autres ont pour objet de déterminer les droits des individus

1. T. I, p. 118.

sur les choses, d'en régler et d'en garantir l'exercice, en considérant ces individus *uti singuli* par rapport à la propriété et à la famille. Les unes aussi bien que les autres, prises dans leur ensemble, font partie, les premières du droit public de l'état, les autres du droit privé. Or, il est clair que, comme on ne pourrait jamais permettre aucune atteinte ni aucune dérogation aux lois de droit public et d'ordre public, (parce que cela équivaudrait à un attentat contre les intérêts sociaux, la vie et la conservation de l'état), on ne doit jamais admettre qu'aucune loi étrangère puisse avoir sur le territoire, une autorité en opposition avec une des lois qui, dans un intérêt social, économique, industriel, agricole ou politique, ont pour but de régler la condition des choses sises sur le territoire, et les droits dont ces choses peuvent être l'objet. Par contre, on doit admettre que la souveraineté territoriale ne peut avoir aucun intérêt à empêcher l'étranger d'exercer ses droits sur les choses qui lui appartiennent en conformité de la loi qui doit régler ses intérêts privés en tant que propriétaire. »

Toutes les fois que nous aurons à décider si une loi qui a pour objet de régler les droits sur les choses, doit être admise à l'exterritorialité, il faut examiner attentivement sa nature, et rechercher si, en réglementant la propriété, elle a pour but de protéger un intérêt public et le droit social, ou un intérêt et un droit privé (1).

Que se propose donc la loi qui organise l'administration des biens du mineur soumis à la puissance paternelle ?

1. Fiore, *op. cit.*

Elle n'a assurément pas pour but de déterminer la condition juridique des choses au mieux des intérêts généraux de la société. Son but est beaucoup plus modeste.

Elle a en vue uniquement et exclusivement la protection des êtres incapables qui, en raison du peu de développement de leurs facultés, ne sont pas en état de veiller à la défense de leurs intérêts matériels.

Comme leurs parents sont déjà investis de la protection et de la garde de leur personne, quoi de plus naturel que de leur confier l'administration de leur patrimoine. L'enfant aura tout à gagner à cette réunion dans les mêmes mains de la défense de ses intérêts moraux et matériels.

Les droits que la loi accorde aux parents sur les biens de l'enfant ne sont donc qu'une conséquence, un effet de l'état de ce dernier.

Peut-on, à bon droit, prétendre dans ces conditions, que l'intérêt de l'état où sont situés les biens exige l'application de sa propre loi, pour mesurer l'étendue des pouvoirs du père. Nous ne le croyons pas, parce que nous ne voyons pas l'intérêt qu'aura l'autorité territoriale à vouloir imposer sa loi.

Chaque état précise l'étendue de la protection des enfants d'après la condition particulière de ses nationaux, et d'après les règles particulières de l'organisation de la famille dans son pays ; il doit donc savoir mieux que tout autre quelle confiance méritent les parents et quels droits il faut leur accorder.

Mais on nous répond que nous avons tort de réunir

tous les effets réels de la puissance paternelle en un seul groupe, et que, si certains droits que la loi donne aux parents sur les biens de l'enfant ne sont que le corollaire de leur devoir, il n'en est pas de même de tous.

Le droit de jouissance ou d'usufruit, dit-on, est un droit créé dans l'intérêt exclusif du père. A quel titre peut-on laisser une loi étrangère établir un droit sur les choses qui ne sont point de sa compétence l'état, des personnes n'étant nullement en question.

Nous avons déjà dit que nous ne partageons point cette opinion et que nous voyons l'usufruit légal sous un aspect tout différent.

Pour nous, la jouissance légale dont le père est investi sur les biens de l'enfant est une récompense pécuniaire que la loi lui accorde pour les soins qu'il donne à la gestion et à la défense des intérêts de l'enfant; le législateur croit assurer d'une manière plus convenable l'administration du patrimoine de l'enfant mineur, en y intéressant le père et en lui attribuant les revenus qui en proviennent. L'usufruit légal est donc un complément et un accessoire du droit d'administration, et il nous paraît impossible de soutenir qu'on doit l'en séparer et le soumettre à une autre loi.

Enfin l'objection la plus sérieuse qu'on oppose à notre opinion est la suivante:

Il se pourrait, dit-on, que notre manière de voir soit juste, mais en théorie seulement, le Code civil renfermant un article qui met à néant tout notre raisonnement.

C'est le § 2 de l'article 3 ; le législateur y dit en termes exprès que « les immeubles même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi française. » Aucun doute n'est possible sur la portée qu'il faut donner à ce paragraphe ; il a été dit à plusieurs reprises lors de la discussion du Code civil, que l'article 3 n'est autre chose que la consécration de la théorie traditionnelle des statuts. Or, dans cette théorie tout ce qui touchait aux immeubles était soumis à l'empire de la loi territoriale. On nous demande donc comment nous entendons concilier notre opinion avec un texte aussi précis, qui paraît être en contradiction flagrante avec ce que nous venons de soutenir.

Nous sommes loin de nier que la fameuse division de toutes les lois en statuts personnels et statuts réels ait été reproduite dans le Code civil, et que force est donc de faire rentrer toute disposition légale dans une de ces deux catégories. Nous savons qu'on est allé même jusqu'à prétendre qu'il n'est nullement sûr que le législateur français ait eu l'intention de reproduire la théorie statutaire dans son article 3, mais si mauvaise que nous trouvions cette division forcée de toutes les lois en deux groupes, il nous est impossible de nous rallier à cette opinion. Les travaux préparatoires nous paraissent un argument sans réplique.

Nous sommes donc d'accord avec les auteurs qui admettent que la théorie statutaire se trouve consacrée par le Code civil, seulement nous demandons qu'on précise bien la portée de cette affirmation.

On entend sous le terme de théorie des statuts ou sta-

tutaire un ensemble de règles, proposées et déterminées par les auteurs et acceptées par la jurisprudence, à l'aide desquelles on résolvait les conflits qui s'élevaient dans l'ancien droit entre les nombreuses coutumes alors en vigueur en France. Ces règles n'avaient rien de fixe et de stable d'un texte de loi, elles étaient essentiellement variables, et se transformaient avec le progrès des idées et le développement du droit.

« La théorie des statuts, dit M. Lainé (1), n'est pas une et toujours identique ; elle varie suivant qu'on la considère à telle ou telle époque, en tel ou tel pays, suivant qu'elle est exposée par tel ou tel auteur, ou même dans tel ou tel ouvrage du même auteur. » Au xve siècle elle est bien différente de ce qu'elle est à la veille de la révolution française, et au moment où le Code civil est intervenu « elle se trouvait peut-être à l'heure d'une évolution nouvelle (1) ».

Faut-il croire qu'en la transformant en loi le législateur ait entendu l'arrêter définitivement et en empêcher tout développement ultérieur, de sorte qu'aujourd'hui nous devons prendre la théorie des statuts telle qu'elle était à l'époque de la rédaction du Code civil.

Nous ne le croyons pas, et pour plusieurs raisons.

D'abord cette théorie date d'une époque où la terre avait une importance de premier ordre, et où l'homme était considéré comme son accessoire. Il est vrai que, peu à peu, avec la décadence de la conception féodale du

1. T. I, p. 48.
2. Lainé, *op. cit.*

droit elle s'est considérablement élargie en s'adaptant aux besoins nouveaux. Mais aujourd'hui on peut dire que, même ainsi transformée et élargie, elle est en contradiction avec nos idées, qui proclament partout la supériorité de l'homme sur la chose, et remplacent l'idée surannée de la courtoisie par un principe de droit supérieur. Force est donc de lui faire subir une transformation nouvelle — autant que le texte de la loi le permet — et de la plier aux circonstances de la vie moderne.

Pouvons-nous dans ces conditions lui ôter son seul avantage qui est précisément sa mobilité et sa capacité de se transformer? Certainement non. Pour nous la théorie statutaire est toujours susceptible, comme l'a fort bien dit Savigny (1) « des interprétations et des applications les plus diverses, parmi lesquelles peuvent s'en rencontrer de tout-à-fait justes. »

De plus, nous voudrions savoir ce qu'on doit entendre par la théorie statutaire « dans son dernier état ».

Il y a certainement un certain nombre de principes qui ont été universellement admis. Nous sommes très enclin à les considérer comme valables aujourd'hui encore. Mais pour le reste, où faut-il aller chercher ce dernier état de la théorie des statuts. Est-ce dans la jurisprudence? mais elle variait aussi bien que la doctrine, et nous avons précisément sur la question dont nous nous occupons quelques décisions des parlements qui se contredisent les unes les autres. Si c'est dans les auteurs du dernier siècle, il est nécessaire de préciser chez qui; car selon qu'on s'at-

1. T. VIII, p. 123.

tache à l'un ou à l'autre on arrive souvent à des résultats opposés, et tel est exactement le cas pour les effets réels de la puissance paternelle.

Nous croyons donc que sur tous les points qui furent jadis controversés, nous avons aussi le droit, pourvu bien entendu que nous respections les limites imposées par la loi, de les discuter et de leur donner une solution différente.

Pour prouver que la personnalité du statut de l'usufruit légal ne trouve point un obstacle dans l'article 3 du Code civil qu'on nous oppose habituellement, nous aurons à démontrer deux choses : d'abord, qu'en ce qui concerne les effets que la puissance paternelle comporte sur les biens de l'enfant, la tradition n'est point contre nous, étant donné que, si jamais elle a été solidement établie, dans le dernier état de l'ancien droit elle est fortement ébranlée ; ensuite, que les textes du Code civil peuvent très bien s'adapter à notre interprétation.

Dans nos développements ultérieurs nous aurons principalement en vue le droit de jouissance légale, mais il est bien entendu que tout ce que nous en dirons s'applique à plus forte raison à l'administration légale, car comme nous l'avons déjà vu, il n'y a point de différence de nature entre les deux droits qui sont très étroitement liés l'un à l'autre.

IV

Dans l'ancien droit français, l'usufruit paternel donnait lieu à de fréquents conflits.

Les pays de droit écrit avaient admis la puissance paternelle telle qu'elle existait dans le dernier état du droit romain. La plus grande partie des acquisitions du fils de famille rentraient dans la catégorie des biens sur lesquels le père n'avait qu'un droit de jouissance, qui durait aussi longtemps que les enfants étaient en puissance, et l'on sait qu'ils n'en sortaient point par leur majorité.

Les coutumes au contraire n'accordaient au père aucun droit utile sur le patrimoine de son enfant mineur. Tout au plus quelques-unes d'entre elles conféraient à l'auteur noble et survivant de l'enfant un droit de jouissance sous le nom de garde noble; à Paris cette garde existait même au profit des parents bourgeois.

Lorsqu'un enfant domicilié dans une province de droit écrit, possédait des biens dans le ressort d'une coutume, qui n'admettait point la puissance paternelle au sens romain du mot, il importait de savoir si le statut qui accordait la jouissance aux parents était personnel et devait suivre partout l'individu, ou réel et comme tel applicable à tous les biens situés dans son territoire. La même question se posait pour un enfant relevant d'une coutume, et dont tout ou partie des biens se trouvaient en pays de droit écrit.

La question de la personnalité ou de la réalité du statut de la puissance paternelle quant à ses effets sur les biens, a été l'objet d'une vive discussion de la part des auteurs statutaires au dernier siècle ; les uns se prononçaient pour la réalité, les autres soutenaient la personnalité.

La réalité n'était donc pas admise d'une manière générale, comme ont l'air de croire les réalistes modernes, et il n'existait nullement, au moins dans le dernier état de l'ancien droit, une tradition constante qui nous empêcherait de donner à l'article 3 du Code civil une interprétation plus conforme aux idées modernes.

Nous allons résumer en quelques pages cette célèbre discussion des auteurs du XVIIIe siècle.

Froland, dans ses *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts* (1), commence par examiner les principales décisions des parlements qui étaient intervenues sur ce point. Il cite notamment un arrêt de la Chambre de l'Édit du 7 mai 1653, que les partisans de la personnalité alléguaient à l'appui de leurs affirmations. Cet arrêt s'occupe de l'affaire suivante : Un enfant domicilié dans la coutume du Poitou avait des biens situés dans le ressort de la coutume de Blois. Comme cette dernière n'admettait point la puissance paternelle, il s'agissait de savoir si le père aura en vertu de la loi personnelle la jouissance de ces biens. La Chambre de l'Édit, à ce qu'il paraît, avait admis la prétention du père, et jugé que le droit qu'il avait acquis en conformité de sa loi personnelle était

1. T. II, p. 813.

un statut personnel et devait s'étendre sur toutes les coutumes où il y avait des biens situés, quoique elles eussent une disposition différente.

Froland ne croit pas à l'existence d'un pareil arrêt, ou si la question a été jugée comme on le prétend, il y a bien de l'apparence, dit-il, que ç'a été une circonstance particulière qui a déterminé la Chambre de l'Edit à rendre une pareille décision.

Pour lui, la question ne fait l'objet du moindre doute. Le statut de la puissance paternelle, en tant qu'elle porte sur les biens, est réel, parce qu'il regarde uniquement la chose, et s'il touche la personne, cela provient de ce que la loi étant établie pour les hommes, il n'y en a point qui ne les intéressent en quelque façon. Il prétend que cette opinion est partagée, non seulement par les auteurs, mais que la jurisprudence y adhère, et il apporte à l'appui de son allégation un arrêt rendu par la deuxième Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris en date du 7 septembre 1695, qui avait jugé que les enfants majeurs suivant la coutume de Paris, où ils avaient leur domicile, ne laissaient pas de rester dans la puissance de leur père par rapport aux biens situés en Poitou. Il rapporte aussi que dans une conférence des avocats du barreau de Paris toute l'assemblée convint que le statut concernant le droit de la puissance paternelle était réel.

Froland se prononce pour la réalité du statut de la puissance paternelle en tant qu'elle produit des effets sur les biens. D'après lui, pour savoir si le père a la jouissance des biens de son fils, il faut consulter uniquement la loi de leur situation, et l'accorder, si cette loi l'admet,

ou la refuser en cas contraire. La loi du domicile du père n'a donc rien à y voir.

Mais quand il s'agit de savoir si le fils de famille acquiert pour lui personnellement, ou si ses acquisitions sont attribuées au père, Froland est d'un sentiment tout opposé. Il veut que sa capacité sur ce point soit déterminée par la loi de son domicile.

Il n'y a d'après lui aucune assimilation possible entre les deux cas. Il est vrai, dit-il, que tous les immeubles assis dans le territoire d'une coutume doivent être régis par elle, mais il est non moins vrai que c'est la loi du domicile qui règle la capacité d'une personne. Cette capacité une fois déterminée produira le même effet partout et influera sur tous les biens en quelque lieu qu'ils soient situés.

Il est donc nécessaire de faire une distinction entre la loi qui attribue au père de famille la pleine propriété des acquisitions du fils, et celle qui ne lui confère qu'un simple droit d'usufruit. La première forme un statut personnel, parce qu'elle regarde principalement l'état et la condition de la personne, abstraction faite de toute matière réelle. Par conséquent, le fils de famille domicilié dans un pays dont la loi attribue toutes ses acquisitions au père, ne peut acquérir pour lui-même au pays de coutume qui décide autrement, « parce qu'il a les mains liées par la loi de son domicile qui doit régler son état, sa condition, son pouvoir, et qui par rapport à toutes ces choses le rend inhabile et incapable, laquelle incapacité personnelle doit par conséquent influer sur tout ce qui peut être sujet au droit de puissance paternelle. »

Par contre la loi qui n'accorde au père qu'un droit de jouissance sur les biens de l'enfant constitue un statut réel, parce qu'elle tombe directement sur la chose. La capacité de l'enfant n'est pas en question ; l'enfant est bien capable d'acquérir pour lui-même, nous avons ici tout simplement une loi qui dispose de la chose sans le fait de l'homme et « les statuts qui défèrent certains avantages à l'homme revêtu d'une certaine qualité sur les biens situés dans leur territoire », sont des statuts vraiment réels.

Nous verrons tout à l'heure Boullenois faire la même distinction, et nous démontrerons à cette occasion combien elle est fausse au point de vue historique.

Boullenois dans les deux ouvrages qu'il a consacrés à l'étude des conflits des lois s'arrête longtemps sur la question du statut de l'usufruit légal.

Nous avons déjà dit qu'il se prononçait pour la personnalité de la loi qui admet ou refuse la puissance paternelle, parce qu'elle forme dans un homme un état et une condition personnels. « Le père est père partout, en quelque endroit qu'il aille demeurer » (1).

Il allait même plus loin que ses contemporains et voulait qu'on s'attachât à la loi de l'endroit où les parents avaient leur domicile au moment de la naissance de l'enfant, pour fixer une fois pour toutes la condition de l'enfant, de sorte qu'un enfant né dans un pays qui n'admettait pas la puissance paternelle (dans le sens qu'on donnait

1. *Traité de la personnalité*, etc., t. I. p. 68.

à ce mot dans l'ancien droit) n'y tombait point par le transfert du domicile du père dans une province régie par le droit romain et *vice-versa*. Il ne se dissimulait point les inconvénients de son système : un père pourrait avoir plusieurs enfans dont la condition serait différente ; en s'attachant à la loi du domicile actuel on les évite, mais on rend l'état des enfants perpétuellement vacillant.

On a, il est vrai, dit-il, proposé le domicile matrimonial, mais il faudrait encore qu'un homme fût toujours porteur de l'extrait de mariage de son père pour prouver sa condition.

C'est en examinant les difficultés que chacun de ces systèmes soulève que Boullenois s'écriait « quel affreux mélange, quel embarras » et il appelait de tous ses vœux une loi du souverain, pour mettre un peu d'ordre dans cette confusion.

Dans ses *Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et coutumes*, toute la vingtième question est consacrée à la discussion du statut de la puissance paternelle.

Boullenois commence par exposer avec beaucoup de clarté les arguments des partisans de la personnalité. Quoiqu'il se prononce pour l'opinion opposée, nous ne connaissons personne qui ait mieux résumé les raisons qui militent en faveur de la loi du domicile.

Les défenseurs de la personnalité, dit Boullenois, prétendent qu'il n'y a point lieu de distinguer entre les droits qui portent sur la personne, et ceux qui ont les biens pour objet. Les seconds, aussi bien que les premiers, doivent dépendre de la loi personnelle. La puissance pa-

ternelle, disent-ils, affecte les enfants qui y sont soumis et leur constitue leur état et leur capacité; or, un état se porte partout et il n'y a pas lieu de décider autrement pour la puissance paternelle. Elle doit donc se porter partout et emporter avec elle les mêmes droits, même dans les coutumes qui ne les admettent point. Le droit de jouissance est la suite et la conséquence de la puissance paternelle, de l'incapacité de l'enfant qui s'y trouve soumis, et les résultats de l'incapacité doivent être régis par la loi qui la prononce. Vouloir faire dépendre l'état d'une personne d'une loi, et soumettre les suites de cet état à une autre, est une violation du principe universellement admis et d'après lequel l'état et la capacité d'une personne relèvent uniquement de la loi de son domicile.

Boullenois essaye de réfuter ces arguments qu'il développe pourtant si bien.

Il ne faut pas oublier, dit-il, qu'en général, une loi municipale ou une coutume ne domine point sur une autre coutume, et ne peut faire loi à des biens qui ne sont point sous sa domination. Il est vrai que les capacité ou incapacité personnelles de domicile se portent dans les coutumes de la situation; cette extension du statut personnel repose sur une espèce de droit des gens, qui l'admet toutes les fois que l'équité et l'utilité commune le demandent.

Seulement on entend par la capacité, ou l'incapacité, le pouvoir ou l'impuissance d'exercer ou de ne pas exercer des actes pleins et entiers de propriétaire sur nos propres biens, des habitudes qui affectent la volonté de l'homme, et la lient ou la délient.

Peut-on dire autant de la loi qui attribue au père la jouissance des biens de son fils? Certainement non. Elle n'enlève pas seulement au fils l'exercice de l'acte de propriétaire, mais elle le dépouille de la propriété de ses revenus, qu'elle transfère au père, « ces lois n'affectent donc pas la volonté des enfants, ne la lient pas, elles n'agissent que sur les biens ».

C'est donc une disposition qui porte directement sur les biens et ne pourrait pas s'étendre au-delà du territoire: 1° parce qu'elle n'est pas favorable, et les coutumes ne reçoivent les unes des autres que les dispositions qui portent avec elle une sorte de faveur; 2° parce qu'elle n'a pas l'avantage de concourir avec le droit commun.

La jouissance du père est un droit « singulier et exorbitant qui n'a point en sa faveur le droit commun, et qui par conséquent doit être renfermée dans les coutumes qui la donnent sans être étendue ailleurs ».

Il y a même une contradiction entre les deux arguments dont Boullenois se sert dans sa vingtième question, pour combattre la personnalité du statut de la puissance paternelle.

Au commencement, il n'admet pas la loi du domicile du père parce qu'il considère l'usufruit paternel comme, un droit portant directement sur la chose, « comme un présent que la loi fait au père», et qui ne résulte aucunement de la puissance paternelle. A la fin, il reconnaît bien que la jouissance paternelle est une conséquence de la puissance paternelle, mais une conséquence forcée et en même temps exorbitante du droit commun; il soutient que l'application de la loi du domicile se heurte ici à la règle

qui ne permet pas d'étendre hors du territoire les dispositions présentant ce caractère.

Dans son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Boullerois revient sur ce sujet (1), pour répondre aux objections du président Bouhier. Mais il le fait assez mollement, ce qui autorise parfaitement ce dernier à dire que dans son Traité Boullenois n'est pas si éloigné d'adopter opinion contraire (la personnalité du statut de la jouissance paternelle), qu'il paraît l'être à la fin de sa Dissertation.

Dans le *Traité de la personnalité*, Boullenois reproduit en l'approuvant, l'opinion de Froland sur la capacité du fils de famille d'acquérir pour lui-même. (2) Il suppose notamment qu'à l'époque où le fils de famille était absolument incapable, il existait un pays qui n'admettait pas une puissance paternelle aussi étendue, et il est d'avis que les acquisitions faites par le fils dans un pareil pays devaient appartenir au père, malgré les dispositions contraires de la loi territoriale. Les enfants, dit-il, étaient alors, « dans une impuissance entière d'état de rien posséder, et cette impuissance se porte partout, à l'instar de la minorité et de l'interdiction. Ces enfants sont absorbés dans la puissance paternelle et ne pouvaient rien retenir pour eux-mêmes ; ce qui leur est échu dans une coutume leur est enlevé à l'instant et passe au père. »

1. T. II, p. 32 et suiv.
2. T. II, p. 44 et suiv.

Ceci nous paraît fort difficile à concilier avec ce qu'il dit de l'usufruit légal dans ses Dissertations. Il lui dénie précisément l'avantage de la personnalité, parce qu'il voit en lui une conséquence forcée de la puissance paternelle qui est en même temps exorbitante du droit commun. D'après lui on ne doit pas admettre la loi du domicile que lorsqu'il s'agit « des suites nécessaires de l'état des personnes, et cela pour le bien général des nations ; mais non pas par rapport à des lois purement arbitraires, qui ne sont faites que par des raisons particulières et qui n'intéressent pas l'ordre général des nations ; chaque pays, chaque contrée est en droit de ne pas reconnaître ces sortes de droits, et de se renfermer dans les siennes, surtout quand les lois étrangères veulent arbitrairement disposer des biens qui sont sous la domination d'autrui ». Mais si l'usufruit paternel est un droit arbitraire, l'incapacité du fils de famille l'est dans une beaucoup plus grande mesure, et pourtant Boullenois n'hésite pas à lui accorder « l'avantage de la personnalité ».

Au point de vue historique, nous l'avons déjà dit, cette distinction entre l'usufruit paternel, considéré comme un droit créé directement sur les biens, et l'attribution au père des acquisitions du fils par suite de son incapacité, est absolument fausse.

L'usufruit paternel sur les biens adventices du fils n'était autre chose qu'un reste, un débris de son incapacité absolue d'avoir des biens qui lui fussent propres. Lorsque sous l'Empire, cette incapacité fut presque abolie par la création du pécule adventice, on n'avait point déclaré le fils de famille complètement capable d'avoir un

patrimoine distinct, quitte à le soumettre à l'usufruit du père. La manière de procéder des empereurs qui établirent le pécule adventice, fut toute autre. Mus par des raisons d'équité, ils ne voulaient pas que ce que le fils de famille viendrait à acquérir allât se confondre dans la masse des biens paternels, et échût à la mort du père à un autre. Pour remédier à cet inconvénient ils décidèrent qu'à l'avenir la nue-propriété en serait réservée au fils, mais que la jouissance continuerait comme par le passé à appartenir au père, aussi longtemps qu'il aurait l'enfant sous sa puissance.

Au point de vue juridique il y a là tout simplement une atténuation, une amélioration de la condition du fils. Jusqu'alors il servait d'instrument d'acquisition à son père (à l'exception, bien entendu, des choses qui composaient les pécules *castrense* et *quasi-castrense*), désormais son incapacité est beaucoup plus restreinte ; la nue-propriété, mais la nue-propriété seule de ses acquisitions lui est attribuée, il est donc incapable comme avant d'en avoir la jouissance.

Le président *Bouhier* dans ses *Observations sur la coutume de Bourgogne* ne laisse pas de remarquer cette inconséquence de la doctrine de Boullenois (1).

Il soutient que le droit romain a été reçu sur ce point en France. Or, dans le droit romain la loi qui a constitué la puissance paternelle était tout à fait personnelle. Au commencement, le fils de famille était incapable d'avoir

1. T. II, p. 419 et suiv.

des biens, la *patria potestas* ne pouvait pas avoir d'effet réel. Par la création successive des différents pécules elle n'a pu se transformer entièrement et perdre son caractère ; elle reste toujours un droit personnel, et Justinien l'appelle encore *jus in liberos*.

L'usufruit paternel n'est donc qu'une portion du droit que le père avait dans l'ancien droit romain ; or, ce droit ayant été essentiellement personnel, ce qui en restait n'a pas pu changer de nature.

D'après Bouhier, la personnalité a été reconnue par la plupart des auteurs qu'il cite dans son ouvrage ; quant aux décisions judiciaires, il y en a dans les deux sens.

La personnalité, dit-il, s'impose, tout le monde reconnaît que le droit de puissance paternelle est incontestablement personnel ; la jouissance n'étant qu'une suite et un accessoire de la puissance, suit donc la nature du principal, *effectus regulatur a causa*, et doit être soumise à la même loi.

Bretonnier est aussi pour la personnalité (1), parce que, comme il dit : « La puissance paternelle est un droit personnel et ne peut être bornée par aucun territoire ; car c'est une maxime certaine, même dans les pays de coutume, que les statuts personnels sont universels et produisent leur effet partout : d'ailleurs les fruits sont des choses mobilières. Or, *constat inter omnes* que les meubles suivent les personnes et se règlent suivant la coutume du domicile. »

1. *Œuvres de Claude Henrys*, t. II, p. 726.

Bretonnier rapporte un cas sur lequel il a été consulté. Une fille mineure dont le père était domicilié dans le pays de droit écrit, avait hérité d'un oncle qui demeurait à Paris. Le père voulut toucher les sommes provenant de la succession, mais les parents collatéraux de la fille s'y opposèrent, parce qu'il n'avait pas été nommé son tuteur.

La contestation fut portée devant le Lieutenant civil qui nomma le père tuteur, et ordonna qu'il serait fait emploi de l'argent.

Bretonnier consulté sur cette sentence déclara que la décision du Lieutenant civil n'était pas juridique. Le père étant, d'après son statut personnel, tuteur légitime de sa fille, n'avait pas besoin d'être renommé à Paris. En ce qui concerne l'emploi des sommes provenant de la succession, il dit que le père ayant la jouissance des biens de son enfant, n'est pas obligé de le faire. Les arrérages des rentes (il s'agissait dans l'espèce d'une rente sur l'Hôtel-de-Ville), sont des meubles qui se règlent par la coutume du domicile.

Pour être exact, nous devons dire que Bretonnier, en se mettant en contradiction avec lui-même, soutient dans le même paragraphe, qu'un père domicilié à Paris, jouit par droit de puissance paternelle des fruits des biens de ses enfants situés dans le pays de droit écrit, mais cette jouissance cesse avec la majorité fixée d'aprés les coutumes.

Enfin, pour finir cet exposé historique nous devons rapporter ici l'opinion de *Merlin,* qui s'occupe d'une manière

détaillée de cette question dans la section VII de l'article qu'il consacre à la puissance paternelle dans son *Répertoire*.

Il ne se range ni à l'une ni à l'autre des opinions que nous venons d'exposer. Comme si la division de tous les droits en deux statuts n'était pas déjà assez embarrassante et la source de tant de discussions, il éprouve le besoin d'en créer un troisième (personnel-réel), et il y classe précisément la jouissance légale.

Merlin veut bien que la puissance paternelle constituant « dans l'homme un état, une condition véritable, » la loi qui l'admet ou la rejette soit un statut personnel, et doit par conséquent s'étendre hors de son territoire.

Mais en tant qu'elle confère au père des droits utiles, elle est certainement un statut réel. On ne peut point prétendre que la loi qui établit l'usufruit légal règle l'état et la capacité de l'enfant; son objet est tout différent. Elle crée au profit du père un droit sur les biens de l'enfant; elle dispose donc des biens sans le fait de l'homme, et n'est pas susceptible de produire des effets hors de son territoire.

Pour Merlin, la territorialité des lois constitue la règle, et il la prend pour point de départ de son raisonnement. Des nécessités pratiques ont contraint les peuples à y apporter des exceptions, un concordat tacite s'est établi entre les nations pour admettre certaines lois à l'exterritorialité. Or, quand il s'agit de l'usufruit paternel on ne voit pas de nécessité à étendre la loi de l'enfant. L'ordre public ne sera pas troublé ni le commerce dérangé, si le père ne jouit point de biens de son enfant qui sont situés

dans le ressort d'une coutume qui n'admet pas cette jouissance.

Mais, ajoute-t-il, comme l'usufruit légal n'est pas dû à raison de la seule paternité, il est un accessoire de la puissance paternelle. Or, si cette dernière peut bien exister sans l'usufruit, il est impossible d'imaginer l'usufruit sans la jouissance. L'accessoire ne peut jamais subsister sans le principal. Un père n'est pas admis à la jouissance des biens de l'enfant, s'il ne l'a pas en puissance dans le sens spécial qu'avait ce mot dans l'ancien droit, c'est-à-dire si sa loi personnelle ne la lui accorde pas.

V

Le Code civil, en consacrant dans son article 3 la théorie des statuts, a maintenu sur ce point la tradition telle qu'elle était, c'est-à-dire indécise, ce qui nous permet de « discuter la question controversée et de soutenir l'opinion qui paraît le mieux convenir aux principes de la science (1). »

Voyons quels systèmes ont été proposés relativement à cette question sous l'empire du Code civil.

D'abord, au commencement la réalité était admise par la plupart des auteurs, qui toutefois ne se donnaient pas la peine d'exposer les raisons qui les faisaient décider ainsi, comme si aucun doute n'était possible sur le caractère de l'usufruit paternel (2).

1. Laurent, *Droit civil international*, t. VI, p. 38.

2. Troplong, *Des privilèges et des hypothèques*, n. 29, p. 81. Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. I, p. 91. Colmet d'Aage, *Rev. de droit français et étranger*, 1844, p. 105.

Fœlix reproduit l'opinion de Merlin, il range l'usufruit légal dans le statut personnel-réel, et exige l'accord de deux lois, celle de la situation et celle du domicile du père (1). Cette manière de voir, qui est en contradiction, et avec la tradition et avec le texte de la loi, n'a pas trouvé d'autres défenseurs dans le droit moderne.

Des auteurs modernes, M. Barde seul à notre connaissance se prononce pour la réalité du statut de l'usufruit légal, et il soutient son opinion avec beaucoup de vigueur (2). Il déclare que le deuxième paragraphe de l'arcle 3 et la tradition sont inconciliables avec la personnalité.

M. Barde reconnaît bien que la jouissance du père est un accessoire, un attribut de la puissance paternelle sans laquelle elle ne peut exister. Mais il ne résulte nullement de cette circonstance que l'usufruit légal doive participer de la nature de la puissance paternelle, et relever de la même loi. La théorie des statuts, dit-il, a fréquemment pour conséquence de régler d'après une loi la capacité d'exercer un droit, et d'après une autre, l'exercice de ce même droit. C'est là précisément un de ses effets les plus caractéristiques. Pourquoi donc la jouissance paternelle ne serait-elle pas régie par un statut et l'usufruit par un autre? L'accessoire, il est vrai, ne peut exister sans le principal, mais la notion de

1. Fœlix. *Droit intern. privé*, t. I, p. 84 et dans la *Revue de droit français et étranger*, 1842, p. 25.

2. *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 136.

l'accessoire n'implique pas essentiellement que la chose ainsi qualifiée soit gouvernée en tout par les mêmes règles que la chose, qui par rapport à elle, joue le rôle de principale.

M. Barde répudie l'opinion de Merlin et de Fœlix qui exigent l'accord de deux lois; d'après lui, le père étranger (ou la mère) pourra exercer le droit de jouissance légale sur les biens de l'enfant situés en France, quelle que soit la loi personnelle, pourvu que d'après cette loi il ait l'enfant sous son autorité.

Enfin cet auteur combat la personnalité de l'usufruit légal par les conséquences mêmes qu'il en tire. Il suppose notamment que la loi étrangère (loi personnelle de l'enfant) admet en principe l'usufruit légal, mais l'organise autrement que la loi française, que, par exemple, elle le prolonge au delà de la dix-huitième année de l'enfant, et il demande quel est le jurisconsulte qui appliquera ces dispositions à un immeuble situé en France, en s'autorisant de leur caractère de personnalité et en les appliquant ne violera-t-il pas un texte formel du code.

Nous sommes loin de voir dans ce cas une violation de l'article 3, et nous tâcherons de le démontrer par la suite.

Aujourd'hui nous pouvons dire que la personnalité tend à prévaloir, non seulement en France, mais même à l'étranger, à l'exception des pays du *Common Law* (1).

D'abord parmi les auteurs français nous devons citer

1. Von Bar, t. I, p. 551 et suiv. Vesque von Püttlingen, p. 247. Unger, t. I, p. 196 et suiv. Fiore, t. II, p. 132 et 133.

ceux qui, tout en se prononçant pour la personnalité de l'usufruit légal, prétendent qu'il n'entre ni dans le statut personnel ni dans le statut réel, et que les conflits qui peuvent s'élever à son sujet doivent être résolus d'après des règles et des considérations complètement étrangères à cette distinction. Tel est l'avis de M. Renault dans la substantielle note qu'il consacre à l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 mars 1877 (1). Aubry et Rau soutiennent également cette opinion (2).

Pour ces auteurs, les deux statuts n'embrassent que les lois qui ont pour objet de régler l'état des personnes et la condition juridique des biens. Or, la loi qui admet ou qui rejette l'usufruit paternel ne fait pas partie du statut personnel, parce qu'elle ne touche pas à l'état des personnes, et il est impossible de la ranger dans le statut réel, étant donné qu'elle n'a pas assurément pour but de régler la condition juridique des choses. Il faut donc examiner la situation en elle-même, et déterminer la loi qu'il faut appliquer, d'après la nature même du droit et l'intention qu'a eue le législateur en l'établissant.

L'usufruit légal est accordé au père à titre de rémunération des charges morales et pécuniaires que lui impose la loi, en lui confiant l'éducation de l'enfant et l'administration de sa fortune. Il fait partie d'un ensemble, d'une réglementation de la puissance paternelle, et il est impossible de l'en séparer et de le faire dépendre d'une autre loi que celle qui la régit. Or, sur ce point

1. Sirey, 1878, 1, 25.
2. T. I, p. 81 et suiv.

aucun doute n'est possible, la puissance paternelle est toujours soumise à la loi nationale de l'enfant, c'est donc aussi cette loi qui doit pareillement décider si le père a la jouissance des biens de l'enfant, et mesurer l'étendue de ce droit.

Nous ne cachons pas que ce système nous paraît préférable à tout autre, et que nous le trouvons parfaitement juridique, et tout à fait conforme aux principes du droit international privé. Mais nous ne le croyons pas conciliable avec l'article 3 du Code civil. La division de toutes les lois en deux statuts, selon qu'elles s'occupent des biens ou n'ont en vue que l'état des personnes, est certainement arbitraire et peu juridique; mais elle se trouve dans le Code, et on est forcé d'y classer toutes les dispositions légales, à l'exception de celles que le législateur a mis lui-même de côté en formant d'elles des groupes spéciaux et distincts (lois de police et de sûreté, *locus regit actum*).

Nous admettons aussi la personnalité de l'usufruit légal, mais nous y arrivons par une autre voie.

Le texte du Code qui nous permet de conclure dans ce sens est le paragraphe 3 de l'article 3 qui, interprété à l'aide des travaux préparatoires, classe dans le statut personnel les lois concernant l'état et la capacité des étrangers.

La loi de la puissance paternelle a certainement ce caractère. Elle soumet l'enfant qui a l'état de fils légitime ou naturel à l'autorité de la personne qui, par rapport à lui, possède la qualité de père ou mère légitime ou

naturel. Les droits qu'elle confère à ces derniers ne sont autre chose que les avantages qui sont attachés à leur état de père ou mère, de même que les devoirs qui leur sont imposés en sont les charges.

Parmi les droits qui sont inhérents à la qualité de père ou de mère, il y en a qui ont pour objet la protection de la personne de l'enfant; pour eux, comme nous l'avons vu l'accord est complet, c'est la loi de l'enfant qu'il leur faut appliquer.

Mais ce même enfant peut avoir des biens qu'il n'est pas en état d'administrer lui-même, parce qu'il est mineur et n'a pas l'expérience nécessaire à cet effet. La loi en charge le père ou la mère, comme elle les a déjà chargés de la protection de sa personne.

Les deux espèces de droits ont absolument la même source et reposent sur le même principe, l'incapacité de l'enfant; aussi la loi qui les gouverne doit être la même, c'est la loi nationale de l'enfant, comme le veut le § 3 de l'article 3 du Code civil, qui fait rentrer dans le statut personnel toutes les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes.

Quant à l'objection qu'on nous adresse en ce qui concerne le droit de jouissance, nous avons déjà essayé de la réfuter, et nous n'ajouterons que quelques mots à ce que nous en avons dit.

Il est impossible de contester qu'au point de vue historique, l'opinion de ceux qui considèrent l'usufruit légal comme un avantage purement gratuit, comme un présent que la loi fait aux parents aux dépens de l'enfant, n'est pas sans fondement.

La jouissance paternelle, telle qu'elle existait dans les pays de droit écrit, n'était point instituée dans l'intérêt de l'enfant (quant au droit de garde des coutumes, qui du reste diffère encore plus de l'usufruit légal du droit moderne, son origine est toute féodale).

Mais d'abord, rien ne prouve qu'en le conservant dans le droit moderne, le législateur ait maintenu à l'usufruit légal le caractère qu'il avait dans l'ancien droit. Le contraire nous paraît plus vraisemblable. La puissance paternelle a subi une transformation complète. Elle s'éloigne de jour en jour de ce qu'elle était dans l'ancien droit. Toutes les lois qui ont été faites dernièrement, soit en France, soit à l'étranger, ont eu pour effet de la débarrasser des derniers vestiges qu'elle tenait de la *patria potestas*.

Pourquoi donc vouloir à toute force maintenir à l'usufruit légal le caractère qui est en contradiction flagrante avec nos idées sur la nature des rapports qui doivent exister entre les parents et les enfants, quand il est très facile de lui donner une explication beaucoup plus conforme à l'esprit moderne de la puissance paternelle.

Pour nous l'usufruit paternel se rattache étroitement à l'administration légale, il n'en est qu'un élément d'organisation. On a pensé, à tort ou à raison, que les intérêts de l'enfant seraient beaucoup mieux protégés, et l'administration de son patrimoine assurée d'une manière plus convenable, si on y intéressait le père. Le législateur a fait le sacrifice des revenus des biens pour mieux garantir leur conservation. Quoi qu'on en dise, nous croyons impossible de fournir une autre explication de l'usufruit légal

sans méconnaître gravement l'esprit et le fondement même de l'autorité paternelle dans le droit moderne.

De ce que nous venons de dire, on voit bien que l'objection qu'on nous oppose est basée sur une idée fausse, au moins aujourd'hui, et qu'elle ne doit point nous empêcher d'étendre et d'appliquer la loi nationale de la famille même au droit d'usufruit.

Nous n'accorderons à un père étranger la jouissance des biens de son enfant situés en France, qu'autant que sa loi personnelle la lui confère; cette loi déterminera également l'étendue du droit du père, c'est-à-dire les biens qui y sont soumis et les charges auxquelles il est astreint, de même que les évènements qui y mettent fin.

Une solution analogue s'impose pour le père français relativement aux biens de l'enfant qui se trouvent hors de France.

Mais il est bien entendu, que l'application de la loi étrangère doit subir des restrictions, toutes les fois que ses dispositions sont contraires aux règles d'ordre public en vigueur dans le pays de la situation des biens.

Supposons par exemple, que dans le pays de la situation, le législateur ne reconnaisse pas l'usufruit en général, parce qu'il croit que l'intérêt économique exige que la nue-propriété et la jouissance soient toujours réunies dans les mêmes mains. Il est bien évident que dans ces conditions le père étranger ne saurait être admis à exercer sur les biens qui y sont situés, l'usufruit que sa loi personnelle lui accorde. Cette loi se heurte ici à une

prescription établie dans l'intérêt général, et contre laquelle elle ne pourrait pas prévaloir.

Toutefois il ne faut pas exagérer la portée de la restriction que les lois d'ordre public apportent à l'application de la loi personnelle, et refuser à un père étranger les droits qu'il tient de sa propre législation, sous le seul prétexte que dans les conditions semblables, le Code civil français dispose autrement.

On commet précisément cette erreur lorsqu'on nous adresse le reproche, dont nous avons déjà parlé, qu'en nous prononçant pour la personnalité, nous sommes forcés d'admettre la loi étrangère, même dans les cas où elle va plus loin que le Code civil, en conférant, par exemple, au père, un droit de jouissance qui ne prend fin qu'à la majorité de l'enfant. De ce que la loi française fait cesser la jouissance lorsque l'enfant a accompli sa dix-huitième année, dans le but de ne pas entraver son émancipation, il ne faut pas conclure que cette règle s'applique également aux étrangers.

Il se peut d'abord que leur législation ne connaisse point l'émancipation, ou, que tout en l'admettant, elle ne la voie pas d'un œil aussi favorable que la loi française, et ne tienne nullement à l'encourager. Le législateur français statue ici exclusivement en vue de la famille telle qu'elle est organisée d'après le Code civil, ses dispositions ne peuvent ni ne doivent être étendues aux étrangers dont la famille est organisée d'une façon toute différente.

Quant à la capacité du fils de famille d'acquérir pour lui-même, une distinction est à faire.

Lorsque la loi étrangère, tout en respectant la person-

nalité civile de l'enfant, attribue au père de famille, pour des raisons particulières, certaines acquisitions du fils, nous pensons que rien ne s'oppose à ce qu'elle soit appliquée en France. Le code espagnol, nous l'avons vu, a conservé le pécule profectice du fils ; tout ce qu'il acquiert avec les moyens que ses parents ont mis à sa disposition appartient à ces derniers. Nous admettons que la loi espagnole doit produire ces effets même en France, étant donné qu'il est impossible d'y voir la moindre atteinte à la personnalité civile du fils.

Mais si l'incapacité du fils de famille provenait de ce que sa loi ne lui reconnaît point l'aptitude d'être sujet de tout droit, c'est-à-dire lui dénie l'individualité juridique, nous n'hésiterons pas à refuser toute force en France à une pareille loi. Le respect et la reconnaissance de la personnalité civile de tout être humain, est le fondement de toute la législation française et tout ce qui y porte atteinte doit être écarté.

On dit généralement que la jurisprudence de la Cour de Cassation admet la personnalité du droit de jouissance légale. Le fait est exact, seulement l'arrêt de la Cour est intervenu dans des circonstances tellement particulières, que nous n'osons affirmer que, dans des cas où elles feraient défaut, les juges français rendraient une décision semblable.

Il s'agissait dans l'affaire dont cet arrêt s'occupe, d'une veuve israélite d'Algérie, qui avait obtenu la naturalisation spéciale, par décret rendu par application du sénatus-consulte du 15 juillet 1865. Mais comme cette natu-

ralisation ne produisait pas d'effets collectifs, ses enfants avaient gardé leur statut personnel, c'est-à-dire ils étaient régis quant à leur état et leur capacité par la loi mosaïque.

Cette loi mosaïque n'admettant ni puissance paternelle, ni jouissance légale au profit de la mère, la contestation s'éleva à propos des revenus des biens des enfants mineurs, perçus par la mère pendant le laps de temps qui s'était écoulé entre sa naturalisation et celle des enfants, qui étaient devenus français en 1870. La mère prétendait que ces revenus lui appartenaient en vertu de l'article 384 du Code civil qui était sa loi personnelle, mais sa prétention fut repoussée par le tribunal de Mostaganem.

Le jugement de ce tribunal est conforme à ce que nous avons soutenu en cas de différence de nationalité de l'enfant et du père (ou de la mère). « L'usufruit légal, lisons-nous dans les considérants de ce jugement, est un attribut de la puissance paternelle, une conséquence et un accessoire de cette puissance réglée par une loi essentiellement personnelle, applicable seulement aux Français », mais la prétention de la mère française des enfants soumis à la loi mosaïque n'est pas admissible « attendu que l'effet de sa naturalisation obtenue sur sa demande ne saurait, en ce qui concerne l'usufruit légal, se produire au détriment des mineurs ayant encore leur statut personnel régi par la loi mosaïque ».

La Cour d'Alger devant qui l'appel a été interjeté, confirma le jugement du tribunal de première instance. Elle déclare aussi que « l'usufruit des père et mère est bien

une conséquence de la puissance paternelle », mais que cette puissance étant établie et organisée dans l'intérêt des enfants « dépend de leur statut personnel ».

Mais la Cour de Cassation dans son arrêt du 14 mars 1877 (1) cassa l'arrêt de la Cour d'Alger. Pour elle la mère ayant acquis la naturalisation française, a été par l'effet de cette naturalisation « fondée à se prévaloir des dispositions de la loi française relatives au statut personnel. » Elle est « par là même investie de la puissance paternelle sur ses enfants mineurs et par suite de la jouissance légale qui en est un attribut. » Pour la Cour de Cassation, la circonstance que le statut personnel des enfants n'admettait pas l'usufruit légal « ne pouvait faire obstacle à l'exercice d'un droit qui résulte du changement survenu dans la condition propre de la mère naturalisée française. »

En un mot, la Cour de Cassation admet bien que l'usufruit paternel doit dépendre de la loi personnelle, mais en cas de différence de nationalité, la loi du père ou de la mère doit prévaloir. Mais comme elle ne donne pas de motifs de son opinion, nous ne pouvons pas savoir quelles sont les raisons qui l'ont déterminée à rendre une décision aussi contraire à l'esprit même de la puissance paternelle.

1. Sirey, 1878, 1, 25.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — DROIT ROMAIN

I. — C'est l'empereur Constantin qui a créé le premier *adventitium*.

II. — Le père administre le pécule adventice en son propre nom ; ses droits sur les *adventitia* sont ceux d'un propriétaire à qui on aurait enlevé la faculté de disposer à un titre quelconque.

III. — En ce qui concerne la responsabilité, une différence est à faire entre les *bona materna* et les autres *adventitia*. Dans le premier cas le père doit rendre compte de sa gestion ; dans le second il n'est jamais responsable envers l'enfant.

II. — DROIT FRANÇAIS

I. — La puissance paternelle dans le droit moderne est une mesure de protection instituée en faveur de l'enfant.

II. — La puissance paternelle étant une conséquence nécessaire de l'état des personnes, doit dépendre uniquement de la loi nationale de la famille étrangère.

III. — En cas de différence de nationalité de l'enfant et du père, c'est la loi nationale du premier qui doit prévaloir.

IV. — Les lois qui ont pour but de régler l'éducation religieuse de l'enfant sont des lois politiques, qui ne peuvent pas être étendues hors du territoire de l'état dont elles émanent.

V. — La jouissance légale que le Code civil accorde aux parents forme un statut personnel.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. — DROIT ROMAIN

I. — Pour la formation du mariage, le consentement seul des époux ne suffit point ; il faut que la femme soit mise à la disposition du mari.

II. — La *petitio hereditatis* est une action réelle.

III. — Dans l'action *negatoria* le demandeur est tenu de prouver que la servitude n'existe pas.

IV. — L'obligation du fidéjusseur qui dépasse l'obligation principale est nulle pour le tout.

II. — DROIT CIVIL

I. — L'absence des publications exigées par l'article 170 du Code civil n'est pas une cause de nullité du mariage.

II. — L'indignité ne produit aucun effet à l'égard des enfants de l'indigne.

III. — L'héritier renonçant n'a pas droit à la réserve.

IV. — Le droit de rétention du créancier-gagiste est un droit personnel et ne peut être opposé qu'au débiteur.

III. — MATIÈRES DIVERSES

I. — En cas d'annexion, seules les personnes domiciliées sur le territoire cédé doivent changer de nationalité.

II. — L'achat d'immeubles pour les revendre ne constitue pas un acte de commerce.

III. — Les sociétés étrangères ne sont admises à exercer leurs droits en France, que lorsqu'elles y ont été autorisées, soit par un décret, soit par une convention internationale.

IV. — La tutelle des mineurs étrangers doit être régie par la loi de l'état auquel ils se rattachent par leur nationalité.

Vu : le Président de la thèse,
LAINÉ

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

IMP. DES ÉCOLES, HENRI JOUVE, 15, RUE RACINE, 15, PARIS.

